Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur des Reichsgerichts.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Müller
Gerichtsreferendar aus Ellrich i. Harz.

MARBURG 1931

Buchdruckerei von Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 22. Mai 1931.

Berichterstatter: Prof. Dr. M e z g e r.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0113

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Einleitung. Begrenzung der Aufgabe.	9
I. Teil. Die Wissenschaft.	10
Kapitel 1. Die subjektiven Theorien.	10
Kapitel 2. Die objektiven Theorien.	19
A. Die Kausalitätstheorien.	19
B. Die formellen oder Tatbestandstheorien und ihre Erweiterungen.	28
C. Die materiellen oder Gefährdungstheorien	33
II. Teil. Die Rechtsprechung des R. G.	38
III. Teil. Die Lösung des Problems mit Hilfe des teleologischen Begriffsbildungsverfahrens und einige grundsätzliche Bemerkungen hierzu.	55
Anhang. Die Stellung des Reichsgerichts zur Frage des absolut untauglichen Versuchs und ihre Behandlung auf der Grundlage des teleologischen Verfahrens.	75

Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des Strafrechts, Leipzig 1922.

L. Bauke: Rechtswissenschaftliche Untersuchungen: III, Bemerkungen zum Begriffe des Versuchs. Berlin 1897.

Baumgarten: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Stuttgart 1888.

v. Bar: Gesetz und Schuld im Strafrecht; Bd. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin 1907.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

„ Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930.

„ Die Lehre vom Tatbestand, 1930.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1877.

Binder: Philosophie des Rechts, Berlin 1925.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung; Bd. II, 1 Leipzig 1914.

Birkmeyer: Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, Berlin 1890.

van Calker: Grundriß des Strafrechts; 2. Aufl. 1924.

Chop: Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens, Leipzig 1861.

Delaquis: Der untaugliche Versuch, Berlin 1904.

Erdmann: Die Bedeutung des Wortes; 4. Aufl. 1925.

Feuerbach: Lehrbuch des Strafrechts; 7. Aufl. Gießen 1820.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904.

Frank: Vollendung und Versuch in V. D. V 163 ff.

„ Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich; 17. Aufl. 1926 und 18. Aufl. 1. Lieferung 1929.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin 1922.

Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926.

„ Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft in Festg. f. Fr. I. S. 1 ff.

Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht; I. Bd. Bonn 1881.

Heck: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz im Arch. f. c. Pr. 112 S. 1 ff.

v. Hippel: Deutsches Strafrecht; 2. Bd. 1930.

Honig: Die Einwilligung des Verletzten. Teil I 1919.

Horn: Der Versuch Z. 20, 309 ff.

John: Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch, Berlin 1868.

Klee: Wille und Erfolg in der Versuchslehre. (Strafr. Abh. Heft 14).

Kohler: Studien aus dem Strafrecht I Mannheim 1890.
„ Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.
Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil 1917.
Küster: Der Begriff der Ausführungshandlung. Göttinger Diss. 1927.
Lask: Gesammelte Schriften; Bd. 1, 1923.
Leipziger Kommentar der Reichsgerichtsräte; 4. Aufl. 1929.
Liepmann: Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
v. Liszt: Lehrbuch des Strafrechts, 1919.
Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1927.
H. Maier: Psychologie des emotionalen Denkens, 1908.
M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.
Hugo Meyer; Der Anfang der Ausführung, Tübingen 1892.
Merkel-Liepmann: Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttg. 1912.
Mezger: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, 1926.
„ „Subjektivismus und Objektivismus in der strafgerichtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts" in Festg. f. R. G. V, 13 ff.
Oetker: Vorbereitung und Versuch, G. S. 88, 86.
„ Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe Z. 17, 53 ff.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch; 11. Aufl. 1927.
Oppenhoff: Kommentar zum Strafgesetzbuch; 10. Aufl. Berlin 1885.
Radbruch: Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914.
Reichel: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915.
Rickert: Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft, 4./5. Aufl. 1921.
„ Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung; 5. Aufl. 1929.
„ Zur Lehre von der Definition; 2. Aufl. Tübingen 1915.
v. Rohland: Die Gefahr im Strafrecht, 1888.
Sauer: Grundlagen des Strafrechts, 1921.
Schwarze: Kommentar zum Strafgesetzbuch, Leipzig 1871.
Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, Bonn 1930.
„ Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft, Bonn 1930.
Senf: Vorbereitung und Versuch, G. S. 67, 245.
Stienen: Ueber die Deliktsform Vorbereitung, Z. 46, 362.
Stoll: „Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz"; Beilageheft zum 133. Bd. des Arch. f. c. Pr. S. 60 ff; Festg. f. Heck usf.
Thon: Ueber den Begriff der Verursachung, Jena 1894.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914.
Windelband: Geschichte und Naturwissenschaft, 1894.
„ Präludien; Bd. 2, 5. Aufl. S. 136 ff.
Wolf: Strafrechtliche Schuldlehre; Teil I, 1928.
„ „Der Sachbegriff im Strafrecht" in Festg. f. R. G. Bd. V S. 44 ff.
Zachariae: Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Göttingen 1836.

Nur einmal zitierte Aufsätze sind nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen, sondern aus dem Text ersichtlich.

Einige Abkürzungen.

Festg. f. R. G. = Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben; Festgabe der Juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des R. G. Bd. V Berlin 1929.

Festg. f. Fr. = Beiträge zur Strafrechtswissenschaft; Festgabe für R. v. Frank, 2 Bände, Tübingen 1930.

Festg. f. Heck usf. = Festgabe für Philipp Heck; Max Rümelin; Arthur Benno Schmidt; im Archiv für die civilistische Praxis; Beilageheft zum 13. Bd. der N. F. — Tübingen 1931.

Die anderen Abkürzungen sind die üblichen.

Einleitung.

Begrenzung der Aufgabe.

Dem R. G. lagen vor etwa einem Jahrzehnt folgende Fälle zur Entscheidung vor:

1. Der Angeklagte hatte ein paar Kinder unter Verabreichung und Versprechen von Geschenken in den benachbarten Wald gelockt, um dort an ihnen unzüchtige Handlungen vorzunehmen. (52, 184).

2. Die Angeklagten hatten den im Hofe angeketteten Wachhund entfernt, um ungestört aus dem Gebäude stehlen zu können. (53, 217).

In der ersten Entscheidung führt das R. G. aus, daß ein Versuch des § 176 Abs. 3 auch dann angenommen werden könne, wenn das Ansinnen an die Kinder nach außen überhaupt noch nicht erkennenbar hervorgetreten sei, sofern der Angeklagte nur das verbrecherische Ziel fest im Auge gehabt habe.

Im zweiten Fall bestraft das R. G. wegen versuchten Diebstahls, weil die Täter durch ihr Handeln bereits den Gewahrsam des im Gebäude befindlichen Gegenstandes beeinträchtigt hätten.

Beide Entscheidungen sind Gegenstand einer heftigen Kritik geworden. So bemerkt Eb. Schmidt in seinem Lehrbuch (296), daß sie nur vom Standpunkt der subjektiven Theorie aus verständlich wären und Ebermayer (in L. K. 213) spricht mit Rücksicht auf die erste Entscheidung gar von einem „übersubjektiven Standpunkt" des R. G.

Das Versuchsproblem birgt zwei verschiedene Fragen: Die nach dem Verwirklichungsgrad eines deliktischen Handelns, d. h. nach der Scheidung zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen und die logisch voranzustellende Frage nach der Verwirklichungsmöglichkeit [1]) eines deliktischen Tuns, d. h. nach der Trennung zwischen Nichtdelikt und Versuch.

---

[1]) Hegler i. Jahreskurse für juristische Fortbildung, 29, 174.

Während nun der Streit über das Problem des untauglichen Versuchs noch immer nicht zur Ruhe gekommen ist, ist die praktisch nicht minder bedeutsame Frage nach der Abgrenzung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen heute ziemlich einhellig beantwortet. So schreibt Graf zu Dohna (Reform 95), daß das Kriterium „Anfang der Ausführung" den doppelten Vorzug hat: „international anerkannt zu sein und sich in der Praxis bewährt zu haben".

Wenn dennoch in vorliegender Arbeit in eine Untersuchung über diese Frage eingetreten werden soll, so wird das durch die an den Eingang unserer Erörterung gestellten zwei Entscheidungen veranlaßt, die von der Kritik als symptomatisch für die neue Richtung der reichsgerichtlichen Judikatur in der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch angesehen werden. Während das R. G. im Gegensatz zur Lehre vom untauglichen Versuch in der hier interessierenden Frage von Anbeginn einen objektiven Standpunkt vertreten hat — eine Diskrepanz, auf die wohl zuerst Frank VDV, 183 und Mayer 350 Anm. 19 hinwiesen — wird ihm neuerdings zum Vorwurf gemacht, daß es auch das Abgrenzungskriterium zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen seit etwa einem Jahrzehnt immer mehr ins Subjektive verflüchtige.

Das Ziel dieser Untersuchung soll demnach die Frage bilden, ob dieser Judikatur des R. G. wirklich uneingeschränkt der Vorwurf des Subjektivismus gemacht werden kann, oder wie die Fälle sonst zu erklären sind. Im Anschluß daran soll dargelegt werden, welches Kriterium als das richtige angesehen wird und auf welchem methodischen Wege es zu gewinnen ist. Der Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit wegen wird zuvor die Stellung, die die Wissenschaft dieser Frage gegenüber einnommen hat, einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

I. Teil. Die Wissenschaft.

Kapitel 1. Die subjektiven Theorien.

Die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch ins Subjektive zu verlegen, ist vor allem von älteren Autoren unternommen worden. Sie alle verlangen für den Versuch eine

Handlungsweise, die einen sicheren Schluß auf die verbrecherische Absicht zuläßt. Nicht alle Vertreter dieser Auffassung sollen im folgenden genannt werden, wenn auch bei ihnen im einzelnen gewiß manigfache Modifikationen jener soeben zitierten Formulierung festgestellt werden können. Uns interessiert nicht so sehr das „was", als das „warum". Es wird sich herausstellen, daß im Verfolg dieser Aufgabe neben vielem Unrichtigen auch sehr viel Richtiges in der Begründung der subjektiven Auffassung steckt.

Der § 43 des St. G. B. bestimmt: „Wer den Entschluß ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung . . . enthalten, betätigt hat, ist . . . . . zu bestrafen." Danach wird dem Richter ein objektiver Maßstab zur Trennung von Versuch und Vorbereitung in die Hand gegeben. Wenn demnach in der Wissenschaft unter Nichtbeachtung des § 43 ein subjektives Kriterium aufgestellt worden ist, so sind es vorwiegend zwei Gründe gewesen: ein praktischer und ein logischer, die diese Stellungnahme veranlaßt haben.

Praktische Erwägungen bei der Aufstellung der Versuchsdefinition sind vor allem für John, v. Schwarze und v. Bar maßgebend gewesen.

So versucht zunächst John (212 ff.) nachzuweisen, daß sich aus den Worten des § 43 zwar die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen, nicht aber ein Unterscheidungsmerkmal zwischen diesen und den Versuchshandlungen ergebe. Auch von einem Herbeischaffen der Mittel könne man sagen, es werde ein Verbrechen angefangen. Der Unterschied werde demnach nicht durch die Worte des Gesetzes begründet, sondern durch dasjenige, was man in diese Worte hineinzulegen habe. Darauf aber bleibe das Gesetz die Antwort schuldig, denn es sage nicht, was Ausführungshandlung sei. Er kritisiert dann die Auffassungen von Berner und Zachariae, die beide einen Versuch in Uebereinstimmung mit dem Wortlaut des § 43 dann für gegeben ansehen, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandteil der im Gesetz be-

drohten Tat betrachtet werden kann[1]). Da nach dieser Auffassung in dem Beschaffen der Mittel eine bloße Vorbereitungshandlung zu erblicken ist, so fragt John, was denn nun mit den Handlungen werde, die weder bloßes Beschaffen der Mittel, noch auch eine Tatbestandshandlung darstellen. Die Begriffsbestimmung dieser Autoren kann ihn nicht befriedigen, sie sei praktisch nicht brauchbar. Nur ein subjektives Kriterium vermöge alle Fälle sicher und in klar erkennbarer Weise zu erfassen: „Mußt du aus den als geschehen erwiesenen Tatsachen den Schluß ziehen, daß ein bestimmtes Verbrechen gewollt ist, so strafe das, was geschehen ist als Versuch eines Verbrechens." (217)

Demnach kommt es John in erster Linie an auf den verbrecherischen Willen und nicht auf die äußere Handlung. Diese ist nur das Indiz für das Vorhandensein eines Willens, denn im Gegensatz zu den objektiven Theorien wird eine genauere Charakterisierung jener äußeren Handlung nicht gegeben. Es kann deshalb die andere systematische Einordnung, die Bauke (216) und Senf (283) der Auffassung Johns zu teil werden lassen nicht wohl gebilligt werden.

Aehnlich wie dieser kommt auch v. Schwarze zur subjektiven Abgrenzung. Auch er findet unter Berufung auf John, daß die Worte „Anfang der Ausführung" keine Lösung bieten. Sie bedeuten nur eine Umschreibung ohne die Grenzlinie selbst feststellen zu können. Viel klarer und brauchbarer seien die Worte des § 43: „. . . . den Entschluß durch Handlungen . . betätigt hat," denn in ihnen könne der entschiedene tatsächliche Ausdruck des Entschlusses gefunden werden. So schreibt er denn (147/8): „Im festen Entschluß liegt allein der Unterschied von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen."

Bei v. Bar erscheint es zunächst so, als ob er die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung objektiv bestimme, zumal er auf S. 506 Anm. 34 betont, daß er früher die subjektive Seite zu sehr hervorgehoben habe. In Wahrheit sind es aber auch jetzt noch allein subjektive Momente, die Vorbereitung und Versuch scheiden. Auch er geht davon aus, daß das Ge-

[1]) Zachariae 202.

setz nichts darüber sagt, was Ausführungshandlung sei (503). Jedenfalls sei es unrichtig, zum Begriffe der Ausführung zu verlangen, daß die Versuchshandlung bereits einen Bestandteil des gesetzlichen Tatbestandes selbst enthalte. Denn es würde dann das Zielen mittels scharf geladenen Gewehres nicht den Versuch einer Tötung bedeuten, weil darin nicht allgemein ein nach dem Gesetz verlangter Teil der Ausführung gesehen werden könne (506). Das Erfordernis einer Tatbestandshandlung zum Versuch sei — weil zu eng — praktisch unerträglich und verletzte das Gerechtigkeitsgefühl: „Denn das Gesetz selbst bezeichnet in dem Tatbestand des vollendeten Delikts das Ziel, welches zu erreichen, zu erstreben verboten wird; der Weg, auf welchem es erreicht, erstrebt werden kann, bleibt unbestimmt, weil in unendlicher Weise möglich; dieser Weg wird vom Handelnden selbst bestimmt; er ist somit in diesem Sinne nur subjektiv bestimmbar" (512). Da nun überall dort, wo es sich um einen Seelenzustand handelt, Beweisführungen nur präsumtiv möglich sind (504 Anm. 31), so läßt er die „erfahrungsmäßige Psychologie" entscheiden, die „den ernstlichen Willen von nur vorläufigen Anstalten unterscheiden lehrt" (513). Die subjektive Einstellung v. Bars wird vollends klar, wenn wir die zwei Modifikationen beachten, die er an der soeben genannten Grundregel vornimmt. So ist zunächst ein Versuch trotz objektiver Erkennbarkeit dann nicht gegeben, wenn der Handelnde sich die Entscheidung über die wirkliche Begehung des Verbrechens noch vorbehält (505, 508) und weiterhin soll auf die Charakterisierung einer Handlung als Versuch auch die etwaige Gewohnheits- oder Gewerbsmäßigkeit des Verbrechers von Einfluß sein[1]) (505, 514).

Auch Senf wird auf Grund der Auffassung, daß das Gesetz über den Begriff der Ausführungshandlung nichts aussagt, auf die Seite der Subjektivisten gedrängt. Seine Abgrenzung beruht auf einer psychologischen Grundlage. Alle menschlichen Tätigkeiten seien zu ihrer Würdigung unter den Gesichtswinkel eines Erfolgs zu rücken. Das abgrenzende Merkmal zwischen Vorbereitungs- und Ausführungshandlung sei dann: „Die aus

[1]) Vgl. dazu auch Kriegsmann Z. 30, 547.

der Handlung selbst gewonnene unzweideutige Erkenntnis einer Beziehung der Handlung zu einem verbrecherischen Erfolg auf Grund der Erfahrung" (306).

Von demselben Ausgangspunkt wie die bisher genannten Autoren kommt schließlich noch Redslob unter Verwendung kriminalpolitischer und vor allem rechtsphilosophischer Gesichtspunkte — deren Erörterung hier zu weit führen würde — zu einem subjektiven Kriterium: „Vorbereitung geht in den Versuch über, wenn der deliktische Entschluß, die Möglichkeit seiner Ausführung vorausgesetzt, unabänderlich ist" (152).

Bei allen bisher genannten Schriftstellern waren es praktische Gründe, die zu einer subjektiven Abgrenzung führten. Es gibt nun eine Anzahl Subjektivisten, bei denen in erster Linie logische Erwägungen für ihre Auffassung von Einfluß waren, wenn auch in den meisten Fällen bei ihnen jene praktischen Gesichtspunkte ebenfalls mit angeführt werden. Bevor diese zweite Gruppe näher gewürdigt wird, soll kurz auf die Lehre Kohlers eingegangen werden. Dies deshalb, weil Kohler jener nun folgenden Kategorie nicht ohne Einschränkung zugezählt werden kann. Zunächst einmal findet auch er wieder jene Auffassung, die die Ausführungshandlung als Tatbestandshandlung charakterisiert, unrichtig und formalistisch. Des weiteren aber wird er zur subjektiven Theorie noch durch seine eigenartige Kausalitätsauffassung gedrängt. Er erkennt zwar eine Verschiedenheit von Ursache und Bedingung an (St. 83). Indem er aber die Ursache als die treibende, die bewegende Kraft, im Gegensatz zu den den Lauf der Dinge nur ermöglichenden Bedingungen ansieht und damit einen besonderen Ursachenbegriff aufstellt, unterscheidet er Ursache und Bedingung nur durch ihren Einfluß auf die Art des Werdens, die Qualität der Wirkung. Damit aber — und das ist das Entscheidende — leugnet er sowohl quantitative als auch qualitative Unterschiede zwischen Ursache und Bedingung. Von diesem Gesichtspunkt aus gibt es für ihn keine objektive Unterscheidung zwischen Ausführungs- und Vorbereitungshandlung. Eine solche besteht nur auf subjektivem Gebiet: „Versuch liegt dann vor, wenn jemand in der Absicht einer Vergehung Handlungen vollbringt,

welche die Absicht in erkennbarer Weise an die Außenwelt rücken und zu gleicher Zeit eine genügende Energie des verbrecherischen Willens darlegen" (Leitf. 59).

Vertrat Kohler zunächst noch nicht eine reine Bedingungstheorie — erst später hat er sich ganz zu ihr bekannt und eine Verursachung in dem oben genannten Sinn nur dort verlangt, wo Verursachung ohne Schuld genügt [1]) — so folgen nunmehr die Autoren, die auf Grund einer logisch konsequent durchgeführten Aequivalenztheorie zur subjektiven Versuchstheorie gelangten. Es sind dies: Hälschner, v. Buri und Delaquis.

Neben Köstlin und Berner war es vor allem Hälschner, der schon lange vor v. Buri auf die kausale Gleichwertigkeit aller zu einem Erfolge strebenden Bedingungen hinwies. Er folgerte daraus, daß auch das Gesetz in § 43 unmöglich eine Unterscheidung von Ursache und Bedingung durchgeführt habe. Die gesetzliche Bestimmung habe daher nur den negativen Wert festzustellen, „daß nicht eine jede in der Absicht ein Verbrechen zu verüben vorgenommene Tätigkeit als Versuch zu betrachten und zu bestrafen sei, während es der Wissenschaft überlassen bleibt in positiver Weise das Wesen des Versuchs festzustellen" (341/2). Ein Unterschied könne sich bloß aus dem Verhältnis der Tätigkeit zur Absicht ergeben: „Die Absicht ist zur unwiderruflichen Tat geworden, nicht nur dann, wenn es dem Handelnden gelang die beabsichtigte Tat zu vollenden, sondern auch dann, wenn trotz des mangelnden Erfolgs die auf seine Realisierung gerichtete Absicht in der Tat zur vollkommenen, erkennbaren Darstellung gelangt ist, wenn aus der Tat selbst sich das Ziel ergibt, auf das sie nach der Absicht des Täters gerichtet war" (342).

Am reinsten und konsequentesten aber ist die subjektive Theorie von v. Buri durchgeführt worden. Sie beruht auf der von ihm im Anschluß an Köstlin, Berner und Hälschner im Jahre 1860 begründeten Aequivalenztheorie, die er in einer quantitativ wie qualitativ ungemein reichhaltigen Literatur bis an sein Lebensende verteidigt hat. Er kann als einer jener nicht allzu zahlreichen Autoren den Erfolg für sich verbuchen, daß

[1]) Vgl. dazu v. Hippel S. 150 Anm. 2 Nr. 3.

seine Auffassung in extenso vom R. G. aufgenommen wurde. Aus der kausalen Gleichwertigkeit aller Erfolgsbedingungen und — hierauf beruhend — der Leugnung eines objektiven Gefahrbegriffs [1]) ergibt sich für ihn die Unmöglichkeit einer objektiven Scheidung von Vorbereitung und Versuch. Alle Versuchshandlungen sind für das Strafrecht objektiv bedeutungslos, strafrechtliche Bedeutung erlangen sie erst durch den rechtswidrigen Willen: „Die Richtung des Willens nach der Vollendung muß aus der bereits gegebenen Objektivität zu entnehmen sein" (G. S. 19, 62).

Endlich wäre hier noch Delaquis zu nennen. Auch er kommt zur subjektiven Abgrenzung, weil sie praktisch und vor allem logisch allein richtig sei (206). Im Anschluß an v. Buri bestimmt er den Versuch als „objektivierten Willen", oder anders ausgedrückt: Versuch ist für ihn dann gegeben, wenn aus den objektiv vorliegenden Momenten hervorgeht, daß der Täter einen bestimmten in irgendeinem gesetzlichen Tatbestand normierten rechtswidrigen Erfolg herbeiführen wollte. (207).

Damit wären die wesentlichsten Vertreter der subjektiven Theorie genannt und es bliebe nun noch etwas zu ihrer Kritik zu sagen übrig [2]). Die subjektive Theorie — soweit es sich um die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch handelt — wird heute nicht mehr vertreten. Sehen wir uns zunächst ihr Ergebnis an, sodann ihre Begründung.

Ihr Ergebnis ist unhaltbar. Das ist bereits so oft und in so grundsätzlichen und überzeugenden Ausführungen dargelegt worden, daß hier nur auf das wichtigste hingewiesen werden soll. Zunächst spricht die geschichtliche Entwicklung dagegen. Sowohl die CCC (Artik. 178) als auch das preußische St. G. B. (31) standen auf objektivem Boden. Daß das geltende Gesetz in § 43 sich zur objektiven Auffassung bekennt, ist bereits oben

[1]) Vgl. darüber noch des näheren im 2. Kapitel.

[2]) Der Kritik sei eine grundsätzliche Bemerkung vorausgeschickt. Im Interesse einer vornehmlich die Grundgedanken einer Theorie perzipierenden Betrachtungsweise soll hier wie auch an anderen Orten die Kritik nicht an die von der Grundauffassung mehr oder weniger abweichenden einzelnen Vertreter, sondern an die der Theorie — und damit allen Vertretern — immanenten Gesichtspunkte angelegt werden.

dargetan. Weiterhin ist eine Abgrenzung nach der Intensität des verbrecherischen Willens überhaupt nicht möglich. Der Wille kann bei der Vorbereitung schon in derselben, ja in noch größerer Energie vorhanden sein als während der Versuchshandlung. Es widerspricht diese Auffassung endlich auch dem allgemeinsten strafrechtlichen Grundsatz, nach dem die Strafe nicht eine böse Gesinnung, sondern eine objektive Rechtsverletzung zu treffen hat. An den Willen allein kann eine strafrechtliche Beurteilung niemals anknüpfen [1]): „Solange der Wille noch im Werden begriffen ist, heißt er Wunsch; wenn fertig, Entschluß. Daß er aber dies sei, beweist dem Selbstbewußtsein erst die Tat, bis zu ihr ist er veränderlich [2])."

Das Ergebnis der subjektiven Theorie also ist unhaltbar und unvereinbar mit dem geltenden Gesetz. Wie aber steht es nun mit ihrer Begründung? Es waren vorwiegend zwei Gründe, die zur subjektiven Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch führten; ein praktischer und ein logischer. Der erste betonte die Unbrauchbarkeit des Begriffs „Anfang der Ausführung" und den zu unbilligen und das Rechtsgefühl nicht befriedigenden Ergebnissen gelangenden Formalismus der sogen. Tatbestandstheorien von Berner, Zachariae u. a. Zu diesem Vorwurf Stellung zu nehmen, ist hier noch nicht der richtige Ort; das kann erst geschehen, wenn jene Theorien selbst ausführlicher dargestellt worden sind. Nur soviel sei bereits an dieser Stelle gesagt: selbst wenn jenen Tatbestandstheorien im Ergebnis nicht entsprochen werden könnte, so rechtfertigt das noch lange nicht die Anwendung der subjektiven Theorie. Der andere Grund war ein logischer: die kausale Gleichwertigkeit der Bedingungen — oder anders ausgedrückt — die Leugnung eines objektiven Gefahrbegriffs machen eine objektive Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch unmöglich. Das war das Argument, das vor allem v. Buri zum Subjektivismus führte. Seiner

---

[1]) Sehr gut Beling G. S. 91, 360: „Wir sind doch heute glücklich so weit, daß wir der staatlichen Rechtsordnung die Aufgabe zuschreiben, eine äußere Güterordnung, nicht eine Seelenordnung zu sein."

[2]) Schopenhauer: „Ueber die Freiheit des Willens in den beiden Grundproblemen der Ethik"; 1839, 5. Aufl. 1908, S. 17.

Theorie wurde von Objektivisten, wie v. Rohland (85) und Binding (G. S. 1868, 534) die logische Geschlossenheit und bestechende Einfachheit der Konstruktion bescheinigt. Und dennnoch kann sie nicht anerkannt werden: eine kausale Gleichwertigkeit der Bedingungen bedeutet keine solche im normativen Sinn [1]). Denn im normativ-teleologischen Sinn sind die Bedingungen verschieden: das zeigt gerade der Tatbestand des § 43, der Vorbereitung und Versuch unterscheidet. Eine normative, d. h. typisch juristische Betrachtungsweise führte also von der kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen nicht zum Subjektivismus, sondern zur normativ-teleologischen Verschiedenheit, die in den gesetzlichen Tatbeständen ausgeprägt ist, also auf objektivem Gebiete liegt.

Diese Einsicht war zu Zeiten v. Buris noch nicht möglich; es soll also das Verdienst, das Binding der subjektiven Theorie gerade um der logischen (will heißen: kognitiv-logischen) Folgerichtigkeit willen einräumt nicht geschmälert werden. Aber heute ist diese Ansicht unhaltbar. Fußend auf den philosophischen Forschungen der Süd-Westdeutschen Schule bricht sich die Erkenntnis von der Notwendigkeit einer teleologischen Betrachtung des Rechts — über die im nächsten Kapitel, aber vor allem im 3. Teil Genaueres zu sagen sein wird — immer mehr Bahn [2]).

Die beiden Gründe für die subjektive Theorie schlagen also nicht durch. Es sind beides auch nur negative Begründungen: weil das Ergebnis der objektiven Auffassung unpraktisch bezw. unlogisch erschien, ging man zum Subjektivismus. Eine recht eigentlich positive Begründung der subjektiven Auffassung ist nicht versucht worden. Soweit noch andere Momente angeführt werden, dienen diese nur der Verbrämung eines bereits gefällten Urteils. Das beweist die Schwäche der Argumentation! Alles in allem die subjektive Theorie ist unhaltbar: im Ergebnis und in der Begründung.

---

[1]) Vgl. Mezger, D. St. Z. 8, 205.

[2]) Vgl. schon Mayer 390 — Mezger a. a. O. und Festg. f. R. G. 5, 19, ff. — Liszt-Schmidt 323 — Wegner, Reform 105 — Merkel 173 — Sauer 475 ff. — Hegler Festg. f. R. G. 5, 306 ff. — Eb. Schmidt, Festg. f. Fr. 2, 106. — Schwinge, vergl. die zit. Schriften.

Kapitel II. Die objektiven Theorien.

A. Die Kausalitätstheorien.

Führte die subjektive Theorie nicht zum Ziele, so ist auf die verschiedenste Art und Weise versucht worden, ein objektives Kriterium zur Abgrenzung der Vorbereitungs- von der Versuchshandlung aufzustellen. So lag es gewiß nahe das Unterscheidungsmerkmal mit Hilfe der Kausalität zu bestimmen. Für die Anhänger der Aequivalenztheorie ist dies unmöglich, denn für sie gibt es keine kausale Verschiedenheit unter den einzelnen Bedingen eines Erfolgs. Nur die Anhänger jener Theorien, die Ursache und Bedingung bereits kausal verschieden werten, konnten diese Unterscheidung für unser Problem nutzbar machen. In allen Fällen wird zur Versuchshandlung das Setzen einer Ursache, zur Vorbereitungshandlung eine bloße Bedingung verlangt. Innerhalb der Kausalitätstheorie unterscheiden sich ihre Vertreter nun bloß darin, daß sie den Begriff der Ursache jeweils verschieden definieren.

Beginnen wir mit Birkmeyer. Er geht aus von der Bedeutung des Wortes „ausführen“ und betont zunächst, daß es nur objektiv interpretiert werden könne. Er fragt dann (94): „Welche Handlung qualifiziert sich objektiv betrachtet als Ausführung eines bestimmten Verbrechens?“ und antwortet „diejenige Handlung, welche als die Ursache des gesetzlich verpönten Erfolgs zu betrachten ist“. Da nun aber nach seinen weiteren Darlegungen die den verbrecherischen Erfolg verursachende Handlung keine andere als die gesetzliche Tatbestandshandlung des konkreten Verbrechens bedeutet, so kann er im Einklang mit jenen unter B noch näher zu würdigenden sog. Tatbestandstheorien auf die eben aufgeworfene Frage, welche Handlung objektiv als Ausführung eines Verbrechens anzusehen sei, auch antworten: „die vom Gesetz im Tatbestand dieses Verbrechens als strafbar bezeichnete Handlung“ (96). Die verursachende Handlung ist ihm also zugleich Tatbestandshandlung und umgekehrt. Danach gewinnt es den Anschein, als ob Birkmeyer zu Unrecht in diese Kategorie eingereiht sei. Dem ist indessen nicht so. Denn Birkmeyer bemerkt ausdrücklich, daß die Tatbe-

standshandlung von anderen Handlungen nicht lediglich formell, sondern vor allem materiell differiert: wegen ihrer hervorragenden Wirksamkeit, weil sie die den verbrecherischen Erfolg verursachende ist, wird sie von anderen unterschieden. Was ist nun Ursache? Darüber gibt Birkmeyer an anderer Stelle Auskunft [1]). „Ursache muß diejenige unter den Bedingungen sein, welche mehr als die übrigen Bedingungen zur Hervorbringung des Erfolgs beigetragen hat, das ist die für den Erfolg wirksamste". Wer also die wirksamste Bedingung gesetzt hat, begeht eine Ausführungshandlung; wer nur eine untergeordnete Bedingung beigetragen hat, eine Vorbereitungshandlung.

Neben Birkmeyer ist es vor allem Binding, der die Ausführungshandlung von der Vorbereitungshandlung auf Grund der Verschiedenartigkeit von Ursache und Bedingung trennt. — Wenn nun Baumgarten über Bindings Kausalbegriff bemerkt, daß er uns damit „im Dunkeln läßt", so kann diesem Ausspruch die Berechtigung nicht ganz abgesprochen werden. Auch in seinen jüngsten Ausführungen hierüber [2]) ist es Binding nicht gelungen zu der ihm sonst eigenen Klarheit zu gelangen. Unter Ablehnung des philosophischen Ursachbegriffs und Behauptung der Existenz eines „Verursachungsbegriffs der Geisteswissenschaften" (476) gelangt Binding zunächst zu einer grundlegenden Zweiteilung, indem er den menschlichen Willen als Ursache von allen anderen Ursachen scheidet (481). Der Mensch bewirkt nun eine Veränderung, wenn er eine Bewegung in der Richtung seines Ziels entfesselt und es ihm gelingt die entgegenstehenden Hindernisse zu überwinden (490/1). Verursachung bedeutet danach für Binding „die Herbeiführung des Uebergewichts der positiven über die negativen Bedingungen des Erfolgs durch den menschlichen Willen" (492). Hauptursache aber — und das ist das wesentliche an Bindings Kausalitätsauffassung — ist der menschliche Wille. Binding hat das anschaulich dahin ausgedrückt, daß der Grundstock des ganzen Verursachungsprozesses die Willensverwirklichung sei, während positive Bedingungen sich daran ankristallisieren und negative

[1]) G. S. 37, 273.

[2]) Vgl. Normen 2. Aufl. II 1, S. 481 ff.

dem entgegenwirken (493). Da für Bindung also nicht eine irgendwie hervorgehobene Bedingung die verursachende ist, so ist ihm der Unterschied von Ursache und Bedingung im Gegensatz zu Birkmeyer ein qualitativer, denn: „Was Bedingung ist, ist nie Ursache" (493). Auf diesen Gedankengängen beruht denn auch Bindings Scheidung von Ausführungs- und Vorbereitungshandlungen: „Die Ausführungshandlung ist Tatbestandsverursachungshandlung, die Vorbereitungshandlung ist dies gerade nicht: sie setzt nur Bedingungen zur Ermöglichung der Verursachungshandlung" (504/5). Die Kausalitätsauffassung Bindings hat — schon ihrer Unklarheit wegen — allgemeine Ablehnung erfahren. Aber, wie man sie auch immer auslegen mag; auf jeden Fall spricht auch Binding von einer verschiedenen Art der Kausalität. Und aus diesem Grunde glauben wir seine Einreihung an diese Stelle verantworten zu können.

Beruhte die Unterscheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlung bei Birkmeyer auf der Annahme einer wirksamsten Bedingung, bei Binding auf der Annahme einer Tatbestandsverursachungshandlung, so gibt es nun eine weitere Gruppe von Schriftstellern, die jene Grenzlinie auf die Unterscheidung von entfernteren und zeitlich naheliegenden Bedingungen gründen. Dazu gehören Loening und Oetker. Nach Loening ist der Versuch: „der Beginn derjenigen, durch den Willensakt verursachten äußeren Körperbewegung, welche in ihrem weiteren ununterbrochenen und eines neuen Willensimpulses nicht bedürfenden Verlaufe die zum betreffenden Delikt erforderliche Qualifikation annehmen soll" (48).

Ganz ähnlich liegt bei Oetker eine Versuchshandlung dann vor, wenn es sich um die „Verwirklichung des letzten Hilfswillens" handelt (Z 17, 53).

Auch bei diesen beiden Autoren ist es in Wahrheit nur die verschiedene Ursachenqualität, die die Eigenschaft der Handlung als einer bloßen Vorbereitung bezw. eines Versuchs bestimmt. Das hat Oetker auch neuerlich wiederum betont [1]), wenn auch seine Behauptung, daß derjenige keinen Gegensatz zwischen Vorbereitung und Versuch annehmen könne, der Ur-

[1]) G. S. 88, 87.

sache und Bedingung gleichsetze, noch später zurückzuweisen sein wird. Die zeitlich naheliegende Bedingung bedeutet den Versuch, die entferntere die Vorbereitungshandlung, das ist — kurz gesagt — der Inhalt dieser beiden Auffassungen.

Als letzte Gruppe wären in diesem Abschnitt jene Autoren zu nennen, die zwischen ersetzbaren und wesentlichen Erfolgsbedingungen [1]) unterscheiden. Das sind Merkel, Hugo Mayer, Allfeld und Finger. Ihnen allen ist gemein, daß sie zu ihrem Kriterium im wesentlichen durch Gegenüberstellen von Beispielen gelangen, ohne sich vorher des näheren theoretisch mit dem Begriff der Ausführungshandlung zu beschäftigen.

Für Merkel ist das Ausspähen der Gelegenheit und das Beschaffen von Werkzeugen bloß Vorbereitungshandlung, weil der Begriff des Diebstahls auf derartige Handlungen nicht hinweist, oder m. a. W., weil sie den Diebstahlsmerkmalen gegenüber etwas Fremdes, Unwesentliches und Zufälliges an sich haben (149). Wer dagegen in diebischer Absicht die Hand nach der fremden Sache ausstreckt, nimmt eine Handlung vor, die sich zu den Merkmalen der §§ 242 und 243 nicht als etwas Fremdes und an sich Gleichgültiges verhält: „denn sie ist unmittelbar auf die Verwirklichung dieser Merkmale gerichtet, erscheint ihren generellen Merkmalen nach hierzu als geeignet und gehört zu einer Art von Handlungen, ohne welche die bezüglichen Delikte nicht begangen werden können“ (149). Auf ganz ähnliche Weise gelangt auch Hugo Meyer zu einem Unterscheidungsmerkmal. Woran liegt es, so fragt er (23), daß die Anschaffung des Revolvers und das Sichhinbegeben an Ort und Stelle noch als Vorbereitung, daß aber das Abdrücken des Revolvers als Ausführung der Tötung erscheint? „Unseres Erachtens liegt dies darin, daß wir es dort nur mit einer Bedingung des Erfolges in seiner konkreten Erscheinung, hier mit einer Bedingung des Erfolgs in seiner abstrakten (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung zu tun haben.“ Dies folgt für Meyer daraus, daß man ohne die Anschaffung des Revolvers nur diese konkrete Tötung nicht ausführen konnte, daß man dagegen ohne einen irgendwie gearteten mittelbaren Angriff auf die Person

[1]) Vgl. zu dieser Terminologie Mayer 351.

überhaupt keine Tötung begehen könne. Aus dieser Differenzierung ergibt sich für Meyer die Definition der Vorbereitungs- und der Versuchshandlung (25). Erstere ist eine Handlung, durch welche der strafbare Erfolg nur in seiner konkreten Erscheinung; letztere dagegen eine solche, durch welche der Erfolg in seiner allgemeinen (strafrechtlich wesentlichen) Bedeutung bedingt wird.

Ganz ähnliche Gesichtspunkte klingen auch bei Allfeld an. Für ihn sind Versuchshandlungen diejenigen, die unumgänglich notwendig sind, damit der Tatbestand der betr. Verbrechensart verwirklicht wird (191). Dagegen sind z. B. die Herbeischaffung und die Zubereitung der Mittel und Werkzeuge nur Vorbereitungshandlungen, weil sie „nicht allgemein notwendig sind" (192).

Als letzter Vertreter dieser Kategorie ist Finger zu nennen. Zunächst betont er, daß der Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlung ein fließender sei, trotzdem aber eine Unterscheidung gemacht werden müsse. Diese gewinnt er nun auf folgende Weise. Die Norm — so sagt Finger — verbietet die Herbeiführung bestimmter näher bezeichneter Erfolge, sie verbietet zu töten, eine Sache wegzunehmen usw. Sie verbietet hiermit alle Handlungen, die Ursachen werden könnten. Alle Handlungen nun, die demselben Verbote zuwiderlaufen, zeichnen sich neben gewissen speziellen Merkmalen noch durch allgemeine Merkmale aus, die die Handlung als zu der Gruppe gehörig, die durch das einzelne Verbot bezeichnet wird, charakterisieren. Aus diesem Gedankengang gewinnt er den Begriff der Versuchshandlungen. Es sind Handlungen, die an sich tragen „die generellen Merkmale jener Gruppe von Handlungen, durch welche erfahrungsgemäß der Erfolg herbeigeführt wird, der durch die unternommene Versuchshandlung herbeigeführt werden sollte" (313).

Wir haben somit auch diese letzten vier Autoren in die Gruppe jener Schriftsteller eingereiht, die Vorbereitung und Versuch mit Hilfe einer verschiedenen Kausalität scheiden. Das ist nicht unbestritten. Soweit in Lehrbüchern, Kommentaren und Abhandlungen über dies Problem überhaupt eine Syste-

matik der bisher vertretenen Auffassungen gegeben wird, werden sie teils in einem von den Kausalitätstheoretikern getrennten besonderen Abschnitt behandelt (so Reds lob 76), teils finden sie sich in verschiedene Gruppen verteilt, ohne daß das Kausalitätsmoment erwähnt wird (Senf 266, 274). Auch Frank (V D 182) behandelt sie nicht im Zusammenhang mit Birkmeyer, sondern in einer eigenen Kategorie; während sie bei Köhler und Wachenfeld wieder an anderer Stelle eingeordnet werden. In Wahrheit aber können diese Autoren weder den Vertretern der sog. Tatbestandstheorie zugezählt werden, wenn sie diesen auch im praktischen Ergebnis nahe kommen [1]), noch bilden sie eine besondere Gruppe außerhalb der Kausalitätstheorie. Denn einmal gehen sie bei ihren Untersuchungen nicht vom § 43 aus und kommen auch nicht zu einer den Tatbestandstheoretikern entsprechenden Formulierung. Wenn Versuchshandlungen solche sind, durch die der Erfolg in seiner allgemeinen Bedeutung bedingt wird, oder solche, die unumgänglich notwendig sind, oder endlich solche, die an sich tragen die generellen Merkmale jener Gruppe von Handlungen, durch welche erfahrungsgemäß der Erfolg herbeigeführt wird, so sind das eben nicht Merkmale des formellen Tatbestands, sondern Merkmale, die sich auf verschiedene Ursachenqualität gründen. Das wird am deutlichsten bei Hugo Meyer, der anfangs betont, daß die wahre Ursache eines Erfolgs sich aus den mannigfachen Bedingungen eines Erfolgs zusammensetzt und damit auf die Richtigkeit der Aequivalenztheorie hinweist, während er dann einige Sätze später ganz klar und offensichtlich zwischen den Bedingungen, die zur Vorbereitung zu rechnen sind und denjenigen die zur Ausführung gehören einen objektiven Unterschied macht (23). Wenn man die Formulierungen der letzten vier Autoren etwas genauer ins Auge faßt, so wird man feststellen können, daß es in Wahrheit Gedanken der Adäquanztheorie sind, die in diesen Theorien zum Ausdruck kommen. Denn nichts anderes bedeuten alle die eben erwähnten Formulierungen. Das ist verständlich bei den Autoren, die auch sonst auf dem Standpunkt der Adäquanztheorie stehen (Merkel, Allfeld), ihre Anwendung auf dies konkrete

[1]) Vgl. Redslob 79.

Problem läßt sich aber auch bei Hugo Meyer und Finger nicht leugnen. Die Einordnung dieser Autoren in die Gruppe jener Schriftsteller, die Vorbereitung und Versuch mit Hilfe einer verschiedenen Kausalität scheiden, ist also richtig.

Was läßt sich nun gegen diese ganze Kategorie anführen? Die entscheidenden Einwände hat jene Gruppe der subjektiven Theorie, die sich ihr aus logischen Gründen zugewendet hat, schon sehr gut erkannt[1]). Es gilt hier das gleiche wie für die sog. materiell-objektiven Teilnahmetheorien, die ebenfalls auf Grund einer verschiedenen Kausalität nun nicht Versuchs- und Vorbereitungshandlung, sondern Täterschaft und Teilnahme trennen wollen.

Diese Theorien sind richtig, soweit sie überhaupt einen Kausalzusammenhang erfordern, denn ein solcher ist notwendig, um die Grenze zum straflosen Tun zu ziehen. Nur der kann wegen Versuchs eines Verbrechens oder Vergehens bestraft werden, der eine Bedingung gesetzt hat. Diese Theorien aber sind falsch, soweit sie sich bemühen, einen nachgewiesenen Kausalzusammenhang verschieden zu beurteilen; oder m. a. W.: insoweit sie über die bloße Feststellung des Kausalzusammenhangs hinausgehend, auf Grund der Eigenart des jeweiligen Ursachenverlaufs Versuchs- und Vorbereitungshandlungen trennen wollen. Denn es ist unmöglich, zwischen Ursache und Bedingung auf Grund eines verschiedenen Wirkungsgrades zu scheiden. In kausalem (naturwissenschaftlichem) Sinn sind alle Bedingungen gleichwertig. Das hat auch das Reichsgericht durch die Anerkennung der Aequivalenztheorie immer wieder betont[2]) und in dem Urteil vom 14. Juni 1927 (61, 318) bis zur letzten Konsequenz durchgeführt[3]). Diese Theorien vermengen Kausalitäts- und Haftungsfrage, deren scharfe Scheidung allein eine klare Erkenntnis ermöglicht. Denn in Wahrheit handelt es sich um eine doppelte Fragestellung. Durch Prüfung des ursächlichen Zusammenhangs soll zunächst einmal jene

[1]) Nur daß die aus jener richtigen Erkenntnis gezogenen Folgerungen nicht zutreffend waren. Vgl. dazu bereits S. 18 und S. 27 Anm. 2.

[2]) Vgl. neuestens Lobe i. „50 Jahre Reichsgericht" 270 ff.

[3]) Mezger, Subjektivismus und Objektivismus, S. 19.

weiteste Beziehung einer Handlung zum Erfolg festgestellt werden, ohne deren Vorliegen sie überhaupt nicht zur Grundlage einer juristischen Beurteilung herangezogen werden kann. Es soll lediglich festgestellt werden, ob sich die Tat überhaupt auf ein menschliches Verhalten zurückführen läßt. Hiermit ist also zunächst nur eine Vorfrage [1]) beantwortet. M. a. W.: die Feststellung des Kausalzusammenhangs hat nur die Bedeutung einer „strafrechtlichen Arbeitshypothese [2])." Für die zweite und Hauptfrage, ob Versuch oder bloße Vorbereitung vorliegt, sagt die Kausalität nichts aus. Wenn sich nun neuerdings die Stimmen jener mehren, die sich bemühen, der Adäquanztheorie das Wort zu reden, so muß es auffallen, daß gerade die eifrigsten Rufer im Streit auch sehr eifrige Verfechter einer teleologischen Betrachtungsweise [3]) des Rechts sind. So glauben vor allem Grünhut und Sauer dieser (teleologischen) Auffassung nur dann gerecht zu werden, wenn sie mit einer Wertung bereits bei der Prüfung des Kausalverlaufs beginnen. Demgegenüber ist nicht minder rührigen Verfechtern einer normativen Auffassung wie M. E. Mayer und Eb. Schmidt recht zu geben, wenn sie der Kausalität lediglich die oben geschilderte Bedeutung zukommen lassen. Jede Wissenschaft wendet die ihr eigentümliche Arbeitsmethode erst dann an, wenn sie ihr Material für den konkreten Fall gesammelt hat. Die antizipierte Wertung aber ist methodisch falsch und ungesetzlich. Denn wo steht etwas im Gesetz von adäquater Kausalität? Mezger hat einmal ganz richtig gesagt, daß der Adäquanzgedanke ein dem Strafrecht immanenter Begriff sei [4]). Nur gehört er nicht in die Kausalität hinein (was neuerdings wieder von Tarnowski vertreten wird); ebensowenig aber auch in die Tatbestandsmäßigkeit (Beling), Rechtswidrigkeit (M. E. Mayer, M. L. Müller) oder Schuld (Radbruch) allein. Vielmehr

[1]) So Merkel, Festg. f. Fr. II, 136.

[2]) So Wegner, Reform 106 u. Mezger, Z. 47, 481.

[3]) Weil auch wir uns dieser Methodik anschließen — vgl. dazu den 3. Teil — und weil die adäquate Theorie innerhalb unseres Problems eine hervorragende Rolle spielt, ist ihre Kritik ausführlicher gehalten.

[4]) Vgl. den Ausspruch W. v. Humboldts, daß das „allgemeinste Bestreben der menschlichen Vernunft die Vernichtung des Zufalls sei."

findet der Adäquanzgedanke als Haftungsgedanke seinen Ausdruck in allen drei Haftungsbeschränkungen, mithin in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld.

Wenn die Adäquanztheoretiker eine Bedingung als Ursache werten, so sprengen sie damit bereits den Kausalitätsbegriff und befreien sich von ihm [1]), denn eine adäquate d. i. eine zweckhafte Kausalität gibt es nicht! Soweit denn auch ein Teil der Adäquanztheoretiker — so vor allem Sauer 443 — die Prüfung der Adäquanz einer Handlungsweise als axiologisches Problem anerkennt, wird die kausale Struktur dieser Theorie aufgegeben. Wenn aber die antizipierte Wertung dennoch beibehalten wird, so ist das immer noch falsch, weil damit ein neues haftungbeschränkendes Merkmal geschaffen wird, das weder nötig [2]), noch im Gesetz enthalten ist. Dieser Vorwurf muß auch gegenüber Honig, der zwar den Adäquanzgedanken aus der Kausalität herausnimmt, dann aber im Anschluß an Larenz ihm in Gestalt eines sog. Zurechnungsurteils eine besondere Stelle zwischen Kausalität und Haftung zuweist, erhoben werden. Denn auch er stellt damit ein neues Merkmal, die sog. „objektive Zweckhaftigkeit" auf. Die Adäquanztheorie also ist abzulehnen: sie ist als Kausaltheorie falsch und kann als Haftungstheorie keinen besonderen Platz neben den vorhandenen Haftungsbeschränkungen beanspruchen [3]). Damit wäre die Besprechung der Kausalitätstheorien abgeschlossen.

---

[1]) Ganz ausgezeichnet Graf zu Dohna, Mon. Schr. Kr. Ps. 06, 425 ff.: „ein wegen seiner Notwendigkeit für den Erfolgseintritt als kausal erklärtes Etwas kann nicht gleichzeitig wegen mangelnder genereller Geeignetheit zur Herbeiführung solchen Erfolgs als nicht kausal gelten."

[2]) Auch in den Fällen der sog. erfolgsqualifizierten Delikte. Die Haftungsbeschränkung erfolgt hier durch die ratio des konkreten Deliktstatbestandes Eine Methode, die in vorbildlicher Weise v. M. L. Müller (71 ff.) aufgezeigt worden ist und die auch in verschiedenen Entscheidungen des R. G. (vgl. 44, 137) zum Ausdruck kommt. Leider haben die Ausführungen Müllers in der Literatur nicht die Beachtung gefunden, die sie verdient hätten. Denn gerade die Anhänger einer teleologischen Methode sollten daraus erkennen, daß sie überall ohne einen spezifischen Adäquanzgedanken auskommen können.

[3]) Ueber den Irrtum Grünhuts (Begriffsb. 17), dem auch das R. G. in der Frage des untauglichen Versuchs erliegt: daß nämlich eine Aequivalenztheorie zur Subjektivierung der Strafausdehnungsgründe führen müsse, wird im Anhang noch zu reden sein.

B. Die formellen oder Tatbestandstheorien und ihre Erweiterungen.

Konnte die subjektive Theorie wegen ihrer Undurchführbarkeit und der fehlerhaften Begründung nicht anerkannt werden; vermochten auch die Kausalitätstheorien keine Billigung zu finden, weil es eine verschiedene Art der Verursachung nicht gibt, so ist in der Wissenschaft schon frühzeitig versucht worden, das unterscheidende Merkmal von Vorbereitung und Versuch in dem Wortlaut des einzelnen konkreten gesetzlichen Tatbestandes selbst zu suchen. Deshalb rechtfertigt sich die Bezeichnung Tatbestandstheorie. Als erster Vertreter dieser heute herrschenden Auffassung ist Zachariae zu nennen. Nachdem er zunächst vier Gruppen von Handlungen aufgestellt hat, die sich ihm als Vorbereitungshandlungen darstellen, gelangt er zur Definition der Ausführungshandlung. Ein Anfang der Ausführung ist dann vorhanden, „wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandteil der im Gesetze bedrohten Tat betrachtet werden kann, wenn also mit der Gesetzesübertretung selbst schon der Anfang gemacht worden ist“ (203). Bei solchen Verbrechen, deren gesetzlicher Tatbestand aus mehreren Handlungen zusammengesetzt ist (z. B. Einbruchsdiebstahl), ist ein Anfang der Ausführung schon dann gegeben, wenn mit einer zum Begriff des Verbrechens gehörigen Handlung der Anfang gemacht ist (204).

Ganz ähnlich wird das Abgrenzungskriterium auch von Chop in seiner Monographie über den Versuch bestimmt. Der wahre und letzte Grund der Strafbarkeit des Versuchs liegt für ihn darin, daß die Versuchshandlung Merkmale einer verbrecherischen Handlung, und zwar des beabsichtigten speziellen Verbrechens an sich trägt (52). Unter Ausführung versteht Chop demnach „das Hervorbringen der Merkmale des vollendeten Verbrechens durch die imputable Tätigkeit des Handelnden“ (53).

Auch nach Oppenhoff liegt ein Anfang der Ausführung dann vor, sobald eine der zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen des betr. Straffalles gehörenden Handlungen (Tatbestandshandlung) begonnen worden ist (91). Aehnlich wie Zachariae betont Oppenhoff, daß dies bei zusammengesetzten Ver-

brechen von der qualifizierenden Tätigkeit auch dann gilt, wenn sie der Haupttat vorhergeht.

An diese Untersuchungen der älteren Autoren schlossen sich die jüngeren Schriftsteller an, ohne zunächst wesentlich darüber hinauszukommen. So definiert auch v. Liszt die Ausführungshandlung als diejenige Willensbestätigung, die im Einzelfall der vom Gesetz unter Strafe gestellten Tätigkeit entspricht (136). Er hat allerdings diesen Begriff insofern etwas genauer bestimmt, als er diese Willensbetätigung durch das im Tatbestand der einzelnen Verbrechen verwendete Tätigkeitswort charakterisiert. So werden ein Mord mit dem „töten", ein Diebstahl mit dem „wegnehmen", ein Meineid mit dem „schwören" begonnen. Auf jeden Fall verlangt v. Liszt eine strenge Beachtung des Gesetzestextes. So liegt ein Versuch der Urkundenfälschung bereits mit der Anfertigung der falschen Urkunde vor, weil schon die Handlung der Verfälschung in die Form eines Tätigkeitswortes gekleidet ist. Interessant ist, daß v. Liszt bei dem Problem des untauglichen Versuchs plötzlich den strengen Wortlaut verläßt und diese Frage nur durch Zurückgehen auf das Wesen des Versuchs lösen zu können glaubt. Daß dieses Vorgehen von seinem Standpunkt aus durchaus nicht als inkonsequent bezeichnet zu werden verdient — wie Küster (17) meint — soll später noch dargelegt werden. Der grundsätzliche Standpunkt v. Lisztz, daß in der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch allein der Gesetzestext und das in ihm angegebene Tätigkeitswort entscheidet, ist auch von Eb. Schmidt (295, 168) beibehalten worden. Auch Wachenfeld (173) und van Calker (54) stellen auf den Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes ab.

Am strengsten und folgerichtigsten ist diese Auffassung seit jeher von Beling vertreten worden. Auf der Grundlage einer stets wieder von neuem Bewunderung abnötigenden Methodik der Verbrechenslehre [1]), hat er es verstanden die Tatbestandslehre in den Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses zu stellen. Daran vermag auch die ablehnende Haltung, die jüngst

[1]) „Ein mit künstlerischer Sensibilität gewirktes Gespinst" (Engisch, Mon. Schr. Kr. Ps. 31, 115).

Hippel dem Begriff der „Tatbestandsmäßigkeit“ widerfahren läßt, nichts zu ändern. Ganz mit Recht hebt Erik Wolf hervor, daß dies Merkmal den „rechtlichen Lebensraum strafrechtlicher Begriffsbildung überhaupt erst erschlossen habe“. Beling hat diese Auffassung bereits in seiner „Lehre vom Verbrechen“ entwickelt und die Grundlagen auch in den veränderten Auflagen der „Grundzüge“ und der „Lehre vom Tatbestand“ beibehalten. Dem Tatbestandskern als dominierenden Element stellt er eine Außenzone mit sekundären Elementen, die sich um diesen Kern herumlegt, gegenüber (L. v. V. 246). Auch nach Beling empfängt sonach der Tatbestand sein charakteristisches Gepräge von dem in ihm enthaltenen Tätigkeitswort (Gr. 27). Dem stehen gegenüber die Vorbereitungs-, Nach- und Nebenhandlungen. Ausführung (oder Tatbestandsverwirklichung) ist mithin die Verwirklichung des Tatbestandskerns im Gegensatz zu Vorbereitungs-, Nach- und Nebenhandlungen (L. v. V. 249). Da demnach ein Versuch nur dann vorliegt, wenn die Handlung wenigstens bruchstückweise tatbestandsmäßig ist, so ist auch nach Beling die strengste Beachtung des Wortlauts erforderlich. Es wäre aber verfehlt ihm deshalb den Vorwurf eines formalen Schematismus [1]) zu machen, denn Beling hat immer betont, daß es sich bei dem strafgesetzlichen Tatbestand um nichts mehr aber auch nichts weniger als einen methodischen Ordnungsbegriff handelt, der der für die Auslegung wesentlichen ratio legis keinen Abbruch tut (L. v. T. 22). Nur deshalb ist er von uns schon an dieser Stelle behandelt worden, weil er für jene Grenzfälle des Versuchs, für die der Wortlaut des Tatbestandes nicht mehr ausreicht, keine Formulierungen geprägt hat und sich überhaupt nicht des näheren über die Verwendung der ratio des § 43 ausgesprochen hat.

Denn es zeigte sich sehr bald, daß dieses strenge Abstellen

[1]) Vgl. Küster 18; auch Finger G. S. 97, 383. Dieser Vorwurf konnte nur entstehen, weil Beling wegen seines stark ausgeprägten methodologischen Interesses das Inhaltliche häufig nicht mit der sonst üblichen Ausführlichkeit behandelt hat. Es sollte aber nicht übersehen werden, daß diese Berücksichtigung des Formalen zuvörderst ihren Grund in der Tendenz hat, jeden Strafrechtsbegriff an die richtige Stelle einzureihen, was nichts weniger als eine genaue Beachtung des Inhaltlichen bedeutet.

auf die Tatbestandsmäßigkeit in der Tat nicht genügt alle Versuchshandlungen zu erfassen. Um die Erweiterung der formalen Tatbestandsdefinition — oder, wie man vielleicht sagen kann, der Tatbestandstheorie i. e. S. — haben sich besonders Frank und v. Hippel verdient gemacht. Vor allem gelang es Frank durch seine Begriffsbestimmung, die auch in die Judikatur des R. G. und in die großen Kommentare Eingang gefunden hat, jene Fälle, in denen die Handlung bis unmittelbar an die Grenze der Ausführung heranrückt, dem Versuch zu subsumieren. Auch das Anlegen des Gewehres, das Abtasten der Tür oder die Entfernung des Hofhundes sind, obwohl noch nicht „tatbestandsmäßig", dennoch Versuchshandlungen, weil sie „vermöge ihrer notwendigen (oder wie v. Hippel sagt: „unmittelbaren") Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheinen" (Frank 87, v. Hippel 402).

Damit wäre die Darstellung der einzelnen Auffassungen abgeschlossen und es kann nunmehr mit der Kritik dieser sog. Tatbestandstheorie begonnen werden. So sehr naheliegend es ist, für die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch den Wortlaut des § 43 heranzuziehen und so zahlreich diese Auffassung auch heute vertreten wird, so hat es doch von Anbeginn dieser Theorie gegenüber nicht an zweifelnden ja ablehnenden Stimmen gefehlt. So weit die Theorien streng formal sind, d. h. streng an dem Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit festhalten, führen sie zu unbefriedigenden Resultaten. Schon John hat anläßlich der Kritik an den Begriffsbestimmungen von Berner und Zachariae betont, daß bei beiden ein mittleres Gebiet übrig bleibe, welches weder von der Definition der Vorbereitungs- noch der der Versuchshandlung erfaßt wird. Schon er hat erkannt, daß bei der Aufstellung eines Kriteriums, das sich eng an den Tatbestand anlehnt, Fälle des Versuchs übrigbleiben, die diesen Begriffsbestimmungen nicht subsumiert werden können. Aber auch andere Autoren wie v. Bar, Hälschner, Kohler sind ans diesem Grunde zur subjektiven Theorie gedrängt worden, wenn auch bei einzelnen wie z. B. Hälschner noch ein logischer Gesichtspunkt eine Rolle spielt.

So weist v. Bar darauf hin, daß bei manchen Delikten, bei denen das Gesetz die Möglichkeit eines Versuchs voraussetzt — wie z. B. § 140 Abs. 1 — dieser gleichwohl ausgeschlossen ist, sofern man es mit einer Verwirklichung eines Teils des gesetzlichen Tatbestands ernst nimmt (505 Anm. 33). Weiter machen v. Bar (512) wie auch Kohler (L. 59) darauf aufmerksam, daß das Gesetz im Tatbestand eben nur das Ziel angibt, das auf unzählige Weisen erreicht werden kann, die im Gesetz keinen Ausdruck finden und wegen ihrer Mannigfaltigkeit keinen Ausdruck finden können. Daß der Anfang der Ausführung in vielen Fällen schon früher vorliegt als die Tatbestandshandlung wird mit Recht auch von Köhler (445) bemerkt. So wird denn auch dieser Theorie sehr häufig der Vorwurf des Formalismus (so Kohler) oder der rein mechanischen Auffassung (so Baumgarten) gemacht. Der Hauptgrund aber, weswegen diese Theorie nicht brauchbar ist, ist die Vieldeutigkeit und logische Unbestimmtheit vieler tatbestandlicher Ausdrücke. Wann wird mit dem „töten" begonnen? Schon mit dem Anlegen des Gewehrs, oder erst mit dem Zielen oder gar erst mit dem Losdrücken? Wann wird i. S. des ehemaligen § 140 Abs. 1 damit begonnen „das Bundesgebiet zu verlassen?" Bereits, wenn man im Inland einen Zug besteigt, um damit über die Grenze zu entkommen, oder erst, wenn diese gerade passiert wird? Das sind Fragen, die die streng formale Theorie aufwirft, die aber logisch überhaupt nicht eindeutig beantwortet werden können. Daran also muß die Tatbestandstheorie i. e. S. scheitern: sie führt bei konsequenter Anwendung zu unmöglichen Ergebnissen und ist praktisch unbrauchbar. Wie steht es nun mit den Formulierungen Franks und v. Hippels? Diese führen zwar in den meisten Fällen zu billigen und befriedigenden Ergebnissen. Wie v. Hippel mit Recht bemerkt, würde es nicht nur der natürlichen Lebensauffassung widersprechen, es würde auch der Täter selbst höchst erstaunt sein, wenn beispielsweise das Beschmieren des Fensters mit Seife, um geräuschlos eindringen zu können, oder das vorherige Abtasten der Tür straflos bliebe, bloß weil es logisch nicht unter den Tatbestand der §§ 242 bezw. 243 subsumierbar

ist. Im Ergebnis ist diese Modifikation der formalen Theorie also auf dem richtigen Wege. Gegen sie ist aber einmal anzuführen, daß sie wegen mangelnder begrifflicher Schärfe und sprachlicher Unbestimmtheit ihres Kriteriums in zahlreichen Fällen keine sichere und zutreffende Entscheidung zu geben vermag. So wird von Frank (501) die bereits zitierte Entscheidung 53,217 kritisiert, obwohl — wie sich später herausstellen wird — bei Verwendung des allein zulässigen Kriteriums das R. G. hier durchaus richtig entschieden hat. Sodann ist aber auch die Begründung, so weit eine solche überhaupt gegeben wird[1]), nicht stichhaltig. Wenn v. Hippel auf die natürliche Lebensauffassung und auf das kriminalpolitische Bedürfnis hinweist, um seine und Franks Formulierung zu rechtfertigen, so kann das nicht als genügend angesehen werden. Denn wir haben im Gesetz einen § 43, der die Versuchs- von der Vorbereitungshandlung abgrenzt. Um also eine Tätigkeit als Versuchshandlung zu charakterisieren, muß sie entweder zu dem Wortlaut oder zu der ratio des § 43 in Beziehung gesetzt werden. Davon aber ist bei beiden Autoren nichts zu spüren. Es ist also nur natürlich, daß Gesichtspunkte wie „notwendige Zusammengehörigkeit" und „natürliche Auffassung" nicht zu den im juristischen Sinn ‚wesentlichen'[2]) Begriffsmerkmalen des Versuchs gehören können.

Die Tatbestandstheorie ist demnach abzulehnen. Sie ist in ihrer engeren Fassung unbrauchbar, in der weiteren entbehrt sie jeder Begründung.

C. Die materiellen oder Gefährdungstheorien.

Als letzte Gruppe der Theorien, die es sich angelegen sein lassen, ein Abgrenzungskriterium aufzustellen, sind die materiellen oder sog. Gefährdungstheorien anzuführen. Materielle Theorien sind sie deshalb, weil sie im Gegensatz zu den im vorigen Abschnitt behandelten formellen den Hauptwert nicht auf den

[1]) Bei Frank findet sich die Formulierung ohne jede Begründung.

[2]) Die Definition eines Begriffs hat aber die wesentlichen Merkmale anzugeben (vgl. Rickert, Lehre von der Definition 37, 42). — Darüber noch genauer im 3. Teil.

Wortlaut des § 43 legen, sondern auf das Wesen des Versuchs zurückgehen. Gefährdungstheorien heißen sie, weil sie in der Gefahr das Wesen des Versuchs erblicken und demgemäß dies Merkmal zur Abgrenzung benutzen. Der erste Hinweis dieser Art findet sich bei Feuerbach. Nach ihm wird eine Handlung als Versuch dann bestraft, wenn sie „objektiv gefährlich" ist; und das ist sie für ihn dann, wenn sie mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursächlichem Zusammenhang steht (45) [1]). Eine Gefährdung des geschützten Rechtsgutes verlangt Feuerbach deshalb, „weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem Recht widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann (äußerlich) rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt oder gefährdet" (46). Diese Auffassung hat in der Literatur für das Problem des untauglichen Versuchs hervorragende Bedeutung erlangt; sie bildet aber auch — wie noch des näheren zu zeigen sein wird — die Grundlage für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. Ein entschiedener Vertreter der Gefährdungstheorie ist auch v. Rohland. In seiner Monographie über die „Gefahr im Strafrecht" charakterisiert er diese als „die Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses und den schädlichen Charakter desselben" (1). Er stellt dann späterhin fest, daß die Gefahr auch das typische Merkmal des Versuchs sei (80), denn das versuchte Verbrechen zeichne sich gerade dadurch aus, „daß die Handlung der Absicht des Täters zuwider nicht bis zur Vollendung gedieh, sondern im Stadium der Gefahr stecken blieb." Es sind letzthin Gedanken der Adäquanz, die auch in der Gefahrdefinition v. Rohlands zum Ausdruck kommen. Denn was bedeutet es anders, wenn Rohland von der „generellen Möglichkeit für den Eintritt des rechtswidrigen Erfolgs" spricht? Etwa zur selben Zeit, als die Monographie Rohlands erschien, hat sich auch Baumgarten sehr eingehend mit dem Versuchsproblem beschäftigt. Unter Zurückweisung der subjektiven Theorie verlangt er eine wirkliche Verletzung der Rechtsordnung. Dieser notwendige objektive Tat-

[1]) Damit zeigt sich bereits bei dem ersten Vertreter der Gefährlichkeitstheorie die enge Beziehung zwischen dem Begriff der Kausalität und dem der Gefahr.

bestand bestehe beim vollendeten Verbrechen in der Verletzung des Rechtsgutes, bei dem Versuche in dem Angriff auf dasselbe (387). Das eigentliche Wesen der Ausführungshandlung sei also in diesem Angriff auf das Rechtsgut zu finden.

Weiterhin gibt auch nach Thon der Eintritt einer Gefährdung den Maßstab an, um Versuch und Vorbereitung voneinander abzugrenzen (31). Auch nach ihm ist Ausführungshandlung diejenige, in der eine Gefährdung des bedrohten Rechtsgutes erblickt werden kann. Eine solche Gefährdung aber liegt in dem „Setzen von Bedingungen für einen verbrecherischen Erfolg, aus denen wir bereits die Wahrscheinlichkeit seines späteren Eintritts mutmaßen" (13).

Verlangten die bisherigen Autoren stets die Gefährdung eines Rechtsguts, so gibt es auch einige Schriftsteller, die von einer Gefährdung der Rechtsordnung sprechen. Unter den Vertretern dieser Kategorie ist zunächst Horn zu nennen. Von der Kausalitätslehre ausgehend unterscheidet er bei der Bestimmung des Abgrenzungskriteriums eine doppelte Gefährlichkeit der Handlung, die in abstracto objektive und die subjektiv als Bedrohlichkeit aufzufassende konkrete Gefährlichkeit (314).

Vor allem aber hat Kohler, der zum Versuch außer dem verbrecherischen Willen noch eine Gefahr verlangt, sehr energisch von einer Gefährdung der Rechtsordnung gesprochen (20).

Auch Klee gebraucht diesen Ausdruck (13) und nimmt einen strafbaren Versuch dann an, wenn eine Handlung vorliegt, die eine „objektive Gefährlichkeit dafür enthält, daß der Wille das von ihm beabsichtigte Verbrechen vollenden würde" (20).

Damit ist die Reihe der älteren Autoren abgeschlossen, und es sind nunmehr jene Schriftsteller zu erwähnen, die auch heute das Merkmal der Gefährdung verwenden, um Vorbereitung und Versuch voneinander zu scheiden. Das ist zunächst Köhler, der in seinem Lehrbuch als Ausführungshandlung eine Handlung beschreibt, die bereits „einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf das vom Täter ins Auge gefaßte Schutzobjekt darstellt" (447).

Die schärfste und klarste Ausprägung aber hat die Gefährdungstheorie durch Sauer und M. E. Mayer erfahren. Bei

Sauer wird weiterhin auch der Zusammenhang zwischen der Adäquanz- und der Gefährdungstheorie am deutlichsten. So stellt er zunächst fest, daß Ausführungshandlung keineswegs identisch mit Tatbestandshandlung ist, daß die Ausführungshandlung vielmehr ohne Rücksicht auf die Vertatbestandlichung gedacht und erklärt werden muß (463). Um nun den Begriff der Ausführungshandlung des näheren zu bestimmen, müsse von der adäquaten Kausalität ausgegangen werden. Gerade sie bringe den Gedanken der Ausführungshandlung zum Ausdruck. Versuchshandlung ist danach: „Das Setzen der allgemeinen Tendenz zu dem (rechtswidrigen) Erfolg, die typische Richtung auf ihn, nur diejenige Handlung, die nach objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil den Eintritt des Erfolgs erwarten läßt und nur die objektiv möglicherweise gefährliche Handlung" (464).

Ganz anders M. E. Mayer. Auch er ist typischer Vertreter der Gefährdungstheorie, aber ohne jede Verwendung der adäquaten Kausalität. Nicht von dieser nimmt er seinen Ausgang, sondern vom gesetzlichen Tatbestand. Ausführungshandlung ist zunächst die dem konkreten Tatbestand unterfallende Handlung. Deshalb untersucht er zuerst, ob die in Frage stehende Handlungsweise dem gesetzlichen Tatbestand subsumierbar ist. So weit steht er also auf dem Boden der sog. Tatbestandstheorie (351). Nun bemerkt er aber sehr richtig, daß diese Methode nur in den wenigen Fällen sicher zu handhaben ist, in denen das Gesetz eine bestimmte Begehungsweise hervorhebt, oder ein zweiaktiges Delikt bildet. Dagegen ist die Entscheidung der Frage, ob bloße Vorbereitung oder Versuch gegeben ist, dann außerordentlich schwierig, ja mit Hilfe der formellen Theorie nicht mehr lösbar, wenn im Tatbestand des Gesetzes ein Erfolg beschrieben wird. Kann das Anlegen des Gewehres schon dem Begriff „töten" subsumiert werden, oder liegt das noch außerhalb dieses Bereichs? Der Wortlaut des Gesetzes sagt darüber nichts, er läßt also im Stich. Deshalb gelangt Mayer von dem formalen zu einem sachlichen Kriterium: „Ausführungshandlungen sind diejenigen, die das Rechtsgut angreifen, die erste Angriffshandlung ist der Anfang der Ausführung. Vorbereitungshandlungen enthalten keinen Angriff, lassen also den befriedeten Zustand des Rechtsguts

unverändert" (352). Damit ist die Darstellung der einzelnen Auffassungen beendet. Wenn nunmehr zum Schluß einiges zur Kritik dieser Gefährlichkeitstheorie gesagt werden soll, so muß zuvor bemerkt werden, daß jene Variationen dieser Theorie, die mehr oder weniger deutlich die adäquate Kausalität heranziehen, bereits der Kritik ausgesetzt sind, die dieser (d. i. der adäquaten Kausalität) entgegengehalten wurde. Wenn die Gefährlichkeitstheorien überhaupt an besonderer Stelle behandelt werden, so ist das durchaus zu verantworten. Denn einmal läßt sich nicht jede Gefährlichkeitstheorie auf den Gedanken der adäquaten Kausalität zurückführen (vgl. Mayer) und zum anderen wird selbst bei den Theorien, bei denen dieser Ursprung ersichtlich ist, als Kriterium nicht die Kausalität, sondern die Gefahr angesehen. Der Kausalitätsgedanke ist hier vielfach nur richtungweisend, nicht selbst entscheidend. Sind die Theorien aber an besonderer Stelle eingeordnet, so erfordern sie auch eine besondere Kritik, die sie gerade in ihrer Eigenschaft als Gefährdungstheorien trifft. Haben nun bisher weder die Kausalitätstheorie noch auch die Tatbestandstheorie Anerkennung finden können, so ist der Gedanke der Gefährdungstheorien, das Merkmal der Gefahr als Abgrenzungskriterium zu verwenden, vollauf zu billigen. In der Gefährlichkeit besteht das Wesen des Versuchs; sie allein ist imstande in allen Fällen eine befriedigende Lösung zu bieten. Es ist schon hervorgehoben, daß die Gefährdungstheorie die beste und klarste Ausprägung bei Sauer und M. E. Mayer gefunden hat. Der letzte ist deshalb noch vorzuziehen, weil er nicht von der adäquaten Kausalität, sondern vom Tatbestand ausgeht und auf diese Weise zu dem „Angriff" d. h. der Gefahr als Unterscheidungsmerkmal zwischen Vorbereitung und Versuch gelangt. Er kommt damit unserer Auffassung, die im 3. Teil des näheren dazulegen sein wird, am nächsten. Wenn aber die Gefährlichkeitstheorie in der Form, wie sie in der Wissenschaft vertreten wird, nicht restlos anerkannt werden kann, so hat das vor allem seinen Grund in methodologischen Gesichtspunkten. Daß diese aber für unser Problem eine hervorragende, ja entscheidende Rolle spielen, kann schon hier gesagt werden[1]).

[1]) Ueber die Abhängigkeit des Stoffs von der Methode vgl. Grünhut Begriffsbildg. 15 und Festg. f. Fr. I, 23.

Denn die Frage der Berücksichtigung der ratio eines Deliktstatbestandes ist eine Auslegungs- und damit eine Methodenfrage. Dann aber muß auch innerhalb der Theorie die Methode einwandfrei nachgewiesen werden. Unter Berücksichtigung dieses grundsätzlichen Standpunktes ist gegen die Gefährlichkeitstheorie und insbesondere gegen Mayer zweierlei anzuführen: Einmal ist nirgends ersichtlich, wie der Autor zu dem Merkmal der Gefahr oder des Angriffs gelangt. Daß dies der ratio des § 43 entspricht, und daß diese unter gewissen Umständen Beachtung finden kann, wird nirgends ausgesprochen. Zum anderen wird der Begriff des Angriffs bezw. der Gefahr von keinem Schriftsteller näher analysiert. Wann eine konkrete Handlung gefährlich ist, muß also erst in einer besonderen Untersuchung festgestellt werden. Die Anhänger der materiellen Theorie lassen darüber nichts verlauten. Alles in allem: die Gefährlichkeitstheorie befindet sich auf dem richtigen Wege und kommt von allen Theorien, die sich um ein Abgrenzungskriterium bemüht haben, der im 3. Teil vertretenen Auffassung am nächsten.

II. Teil. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Alle bisherigen Lösungsversuche zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch sind abgelehnt worden. Keine der aufgeführten Theorien konnte voll befriedigen. Entweder, weil sie im Ergebnis unhaltbar waren, oder weil ein zwar brauchbares Ergebnis auf methodisch nicht einwandfreie Weise gewonnen wurde.

In der Judikatur des R. G. finden sich — dem Wortlaute nach — fast sämtliche Formulierungen der objektiven Theorien. Ja, es ist ihr neuerdings der Vorwurf gemacht worden, daß sie in einigen Entscheidungen sogar der subjektiven Theorie huldige. Es wird an Hand verschiedener Urteile nachzuprüfen sein, wieweit es mit dieser und jener Feststellung seine Richtigkeit hat. Beginnen wir mit den ältesten Urteilen, die in dieser Frage ergangen sind, so ist festzustellen, daß in ihnen die Grenze zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlung vorwiegend mit Hilfe der formalen Theorie i. e. S. bestimmt worden ist.

Nach E. 6,46 (III) liegt ein Versuch dann vor, „wenn mit

einer derjenigen Handlungen begonnen ist, die zur Erfüllung des Tatbestandes des beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens gehören". So hat das R. G. den Beginn des Feilhaltens im Sinne des § 12 Nahrungsm. Ges. schon darin gefunden, daß die Angeklagten das Fleisch in ihre Verkaufslokale bringen ließen und es dort durch Berieselung mit Wasser zur Bereithaltung für Kauflustige geeignet machten.

Ganz besonders streng mit der teilweisen Erfüllung eines Tatbestandsmomentes nimmt es unser höchster Gerichtshof in E. 9. 84 (und Rechtsp. 5,609; III). Nachdem zunächst einige gar nicht im Sinne einer formalen Abgrenzung liegende Ausführungen gemacht werden, wird der Versuch der Bigamie solange verneint, als nicht mit dem in § 52 Pers. St. Ges. vorgeschriebenen Akt der Eheschließung tatsächlich ein Anfang gemacht worden ist. Ein Versuch des § 171 sei also weder in der Bestellung des Aufgebots, noch in dem Angehen des Standesbeamten um Vornahme der Eheschließung zu finden. Vielmehr liege dieser erst in der Frage des Standesbeamten, ob die Verlobten die Ehe eingehen wollen. Man wird zugeben müssen, daß es diese Entscheidung mit dem Erfordernis der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals allzu genau nimmt, und daß es (sogar) mit dem Wortsinn des § 171 durchaus vereinbar gewesen wäre, bereits in dem Angehen des Standesbeamten einen Versuch des § 171 zu erblicken. Jedenfalls zeigt dieses Urteil deutlich, wie ernst es dem R. G. mit der genauen Beachtung jener vorstehend genannten Formulierung ist. Ein weiteres Beispiel für diesen Grundsatz bildet auch die Entscheidung in Rechtspr. 5,407 (II). Da das Einschleichen am Tage im § 243 nicht zu einem Tatbestandsmerkmal gemacht worden ist, begeht der Täter, der sich in diebischer Absicht am Tage in ein Gebäude schleicht und dabei ergriffen wird, lediglich eine Vorbereitungshandlung. Anders in E. 38, 177 (II), in der es sich um ein Einschleichen zur Nachtzeit handelt und das R. G. mit Recht einen Versuch des schweren Diebstahls (§ 243 Abs. 7) angenommen hat. Die Bedenken, die Oetker (G. S. 88, 92) hiergegen geltend macht, können nicht anerkannt werden. Hat der Gesetzgeber das „Einschleichen" in den Tatbestand aufge-

nommen, so ist mit dessen Beginn das Delikt teilweise verwirklicht und ein Versuch gegeben.

Ebenso wird es in E. 7,54 (I) mit Recht als genügend angesehen, wenn bei zweiaktigen Delikten bereits mit der ersten Tätigkeit, d. i. bei der Urkundenfälschung das verfälschen bezw. fälschlich anfertigen, begonnen wird. Der bereits in E. 6,46 entwickelte Grundgedanke findet sich nun aber auch in späteren Entscheidungen. So beispielsweise in E. 54,43 (III). Die Angeklagten wollten aus einem Wohnhaus mittels Einbruchs stehlen, hatten aber nur erst den verschlossenen Vorgarten geöffnet und betreten. Das R. G. führt aus, daß ein Versuch des § 243 Abs. 5 nur in Frage kommen könne, wenn entweder mit der Wegnahmehandlung oder mit einer der Tätigkeiten begonnen sei, die der § 243 mit Rücksicht auf die Art der Ausführung schärfer bestraft. Da die Täter aber weder einen unmittelbaren Zugriff auf die zu stehlenden Gegenstände hatten, noch in das Wohnhaus bereits eingestiegen oder eingebrochen waren, konnte ein Versuch des § 243 noch nicht angenommen werden.

Auch in den Entscheidungen 5, 145 (I); 15, 56 (IV); 49, 211 (I); 54, 120 (III) und 61, 109 (I) wird ein Versuch dann bejaht, wenn mit einer Handlung begonnen wird, die zum gesetzlichen Tatbestand des betr. Delikts gehört. Wenn in einigen Urteilen außerdem noch auf andere Gesichtspunkte hingewiesen wird, so in E. 5, 145 auf die unmittelbare Eignung zur Erfüllung des Tatbestands, in E. 43, 332 darauf, daß eine Versuchshandlung keine neue Willensregung mehr erfordere und in E. 61, 109 auf die Erfüllung einer notwendigen Bedingung, so kommt diesen Merkmalen in den genannten Entscheidungen keine selbständige Bedeutung zu. In allen aufgeführten Fällen wird ein Versuch schon deshalb bejaht, weil der Wortlaut des in Frage stehenden Deliktes, und zwar bereits dessen engste Bedeutung, die Annahme eines Versuchs gestattet. Oder aber es wird ein Versuch abgelehnt, weil — wie in E. 9, 84 — der Wortsinn in seiner engsten Auslegung noch keine Erfüllung eines Tatbestandsmomentes bedeutet.

War in den bisherigen Fällen die Bestimmung der Vorbereitungs- oder Versuchshandlung im wesentlichen recht ein-

fach, so macht sich die Schwierigkeit der Abgrenzung bereits in der nun folgenden Gruppe von Entscheidungen bemerkbar. Das wird schon in dem Urteil 3, 136 (III) offenbar. Hiernach fragt es sich, ob ein Versuch des Delikts des § 140 Abs. 1 bereits in dem Antritt der Reise nach dem Ausland gefunden werden kann. Der Vorderrichter hatte dies verneint, weil die Vollendung dieses Delikts darin bestehe, daß die Grenze des Bundesgebiets überschritten sei, und demgemäß ein Anfang der Ausführung nicht in einem früheren Zeitpunkt liegen könne als in dem der Täter nahe der Grenze das Schiff oder den Zug besteige, der ihn über die Grenze bringen soll. Das R. G. hat dagegen Versuch angenommen, weil mit dem Antritt der Reise bereits eine Handlung begonnen sei, die zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen des vollendeten Vergehens gehöre. v. Bar (505 Anm. 33) und Mittermaier (J. W. 25, 974) bemerken, daß das R. G. in diesem Fall von dem Erfordernis der Tatbestandsverwirklichung abgegangen sei. Diese Bemerkung ist wahrscheinlich veranlaßt durch den sehr unklaren Wortlaut der Entscheidung; denn einmal sagt das R. G., daß in dem Antritt der Reise der Beginn der Tatbestandserfüllung liege, zum anderen Male aber soll auch in dem Falle des Vorderrichters noch nicht ein Handeln liegen, das bereits ein Begriffsmerkmal des vollendeten Tatbestandes bildet. In Wahrheit ist das R. G. von dem Erfordernis der — wenigstens teilweisen — Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals nicht abgegangen. Nur ist nach seiner Auffassung diese Voraussetzung schon früher gegeben, als der Vorderrichter annimmt. Es zeigt sich also hier sehr deutlich, daß das Problem der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch vom Standpunkt der Tatbestandsthorie aus letzten Endes in der Auslegung eines nicht immer eindeutigen Wortlauts besteht. Es ist logisch durchaus möglich, den Beginn eines „Verlassens" erst mit dem Besteigen des Zugs nahe der Grenze anzunehmen. Aber es ist logisch ebenso richtig zu sagen: der Angeklagte beginnt bereits mit dem Antritt der Reise das Bundesgebiet zu verlassen. Es ist also in diesem Falle ebenso wie bei den Entscheidungen der ersten Gruppe ein Versuch angenommen worden, weil die fragliche Tätigkeit schon unter den

Wortlaut des konkreten Deliktstatbestandes subsumierbar war. Im Gegensatz zu den bisher angeführten Urteilen aber bietet dieser Fall keine Gelegenheit einen Anfang der Ausführung schon auf Grund der engeren Bedeutung des Wortes „verlassen" anzunehmen, vielmehr muß das R. G. hier den Wortlaut in einem etwas weiteren Sinn nehmen, um einen Versuch konstatieren zu können.

Ganz ähnlich steht es mit der Entscheidung in 58,359 (I). Auch hier hat das R. G. anerkannt, daß bereits das „Auf-den-Weg-bringen" einer Ware in Richtung auf die Grenze einen Beginn der „Ausfuhr" im Sinne des § 7 der Außenh. kontroll V. O. von 1919 darstellen kann. Ferner gehört auch das Urteil in L. Z. 9,1374 hierher. Der Beginn eines Einbruchsdiebstahls wird hiernach bereits in dem vorherigen Abtasten der Wohnungstür erblickt. Eine Entscheidung, die ebenfalls nur verständlich ist, wenn „einbrechen" nicht gerade in seiner engsten Bedeutung genommen wird. Auch in J. W. 25,1495 verhilft die weitere Bedeutung des Wortsinns zur Annahme eines Versuchs. Wenn der Angeklagte sich anschickte, die unter seinem Mantel verborgen gehaltene Keule hervorzuziehen und zuzuschlagen, so liegt darin noch kein Anfang des Mordens in des Wortes engster Bedeutung. Dagegen wird man keine Bedenken tragen, bei einer etwas weiteren Auslegung des Tatbestandsmerkmals „töten" in dieser Tätigkeit einen Anfang der Ausführung zu erblicken. Ganz ebenso verhält es sich mit dem Anlegen einer geladenen Schußwaffe, selbst wenn der Hahn noch nicht gespannt war (59,386-III). Auch dies bedeutet — das Tatbestandsmerkmal in einem etwas weiteren Sinn verstanden — bereits den Beginn einer Tötungshandlung. Waren schon bei den Entscheidungen der ersten Gruppe einige andere Gesichtspunkte mit herangezogen worden, so ist das in erhöhtem Maße bei den zuletzt erwähnten Urteilen der Fall. So wird in Rechtspr. 2,179 von einer Handlung gesprochen, mittels welcher der Angeklagte „unmittelbar" den Diebstahl ausführen wollte und in J. W. 25,1495 und E. 59,386 ist von einer „unmittelbaren Gefährdung des zu verletzenden Rechtsgutes[1])" die Rede. Auch an diesem

[1]) Ein Gesichtspunkt, der — wie schon erwähnt und später noch ein-

Orte aber kann all' diesen Merkmalen noch keine selbständige Bedeutung zuerkannt werden. Sie dienen auch hier lediglich dazu, eine bereits auf Grund des Wortlauts des einzelnen Tatbestands gewonnene Entscheidung etwas auszuschmücken. M. A. W. sie sind auch hier zur Entscheidung des Falles noch nicht nötig und können deshalb noch keine entscheidende Bedeutung erlangen.

Sowohl in den Urteilen der ersten Gruppe, als auch in denen der zweiten hat das R. G. stets auf Grund des Wortlauts des in Frage stehenden Delikts d. h. wegen des Anfangs einer Tatbestandsverwirklichung einen Versuch angenommen. Den weit überwiegenden Teil der Entscheidungen und zumal der neueren bilden nun aber die Fälle, in denen das R. G. mit dem bloßen Wortlaut des Gesetzes nicht mehr auskommt. Wer den Hofhund entfernt, um im Wohnhaus zu stehlen, der hat damit noch nicht begonnen eine Sache „wegzunehmen", mag man dies Wort nun in einem engeren oder weiteren Sinn verstehen. Allein in diesen Fällen erlangen die schon in einigen oben genannten Entscheidungen angeführten Gesichtspunkte eine ausschlaggebende Bedeutung. Wie bereits eingangs bemerkt wurde, ist gerade an dieser neueren Judikatur des R. G. heftige Kritik geübt worden. Man hat das R. G. auch in dieser Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch eines sich immer stärker ausbreitenden Subjektivismus bezichtigt. Es wird bei den einzelnen Entscheidungen zu untersuchen sein, wie weit dieser Vorwurf berechtigt ist. Als erste Entscheidung dieser Art ist die des 5. Senats in Bd. 51,341 zu nennen. Die Angeklagten hatten unbrauchbare Granaten mit echten Stempeln versehen, um ihnen dadurch den falschen Anschein vorschriftsmäßiger Geschosse zu geben. Das R. G. sieht bereits in dieser Tätigkeit den Anfang der Ausführung einer Täuschungshandlung gegenüber der Heeresverwaltung. Da nun ein „täuschen" stets eine Einwirkung auf den zu Täuschenden voraussetzt, so kann der Wortlaut des § 263 nicht zur Annahme eines Ver-

gehend darzulegen sein wird — allein geeignet ist für alle Fälle eine richtige d. h. dem Gesetz entsprechende Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zu garantieren.

suchs führen; m. a. W. eine beginnende Tatbestandsverwirklichung im formalen Sinn kann nicht angenommen werden. Aber das R. G. hilft sich. Ein Anfang der Ausführung liegt nicht nur in Handlungen, deren Vornahme eine Erfüllung des betr. Tatbestands bedeutet, sondern auch in Handlungen, „die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen".

Damit übernimmt das R. G. die schon oben wiedergegebene Formulierung Franks. Zu diesem konkreten Fall wird dann weiter ausgeführt, daß in der Herstellung einer falschen Bescheinigung dann ein Versuch liege, wenn sie mit dem Vorsatz angefertigt wird, einen bestimmten ins Auge gefaßten Dritten zu täuschen und wenn das darinliegende planmäßige Handeln geeignet ist in ungestörter Folge die Täuschung herbeizuführen. In diesem Fall — so meint das R. G. — handelt es sich nicht bloß um eine Bereitstellung der Täuschungsmittel, sondern um den Beginn der Täuschungshandlung selbst, d. h. um eine Tätigkeit, die wegen ihrer Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung als deren Bestandteil erscheint.

v. Hippel (402 Anm. 4) hat diese Entscheidung als zu weitgehend abgelehnt. Dem kann — wie schon hier bemerkt werden soll — nicht beigetreten werden. Keinesfalls nimmt das R. G. einen subjektiven Standpunkt ein[1]). Vielmehr wird durch die Konkretisierung auf ein bestimmtes Subjekt — die Heeresverwaltung — bereits eine objektive Gefahr geschaffen.

Wenn in E. 53, 129 (III) gesagt wird, daß der Anfang der Ausführung nicht in dem Betreten der Backstube in Diebstahlabsicht, sondern darin bestehe, daß der Angeklagte, nachdem er sich die Schlüssel verschafft hatte, um an die zu stehlenden Gegenstände heranzukommen, mit den Werkzeugen in die Backstube hineinging, so enthält dieser Satz — wie Oetker a. a. O. 90 richtig bemerkt — einen Widerspruch. Denn das R. G. erblickt einen Versuch — dem zweiten Satzteil entsprechend — nun doch in dem Betreten der Backstube, wenn auch in dem Betreten durch einen nunmehr mit Schlüsseln versehenen Täter.

[1]) Vgl. auch unten S. 53.

Daß in dieser Tätigkeit bereits ein Versuch liegt, ist aber mit dem R. G. gegen Oetker anzunehmen. Das Betreten der Backstube durch den mit Werkzeugen ausgerüsteten Täter ist mehr als eine bloße Reise zum Tatort. Es hat auch hier eine Konkretisierung in Richtung auf das erstrebte Ziel stattgefunden, die bereits eine objektive Gefährdung des Gewahrsams bedeutet. Eine grundsätzliche Bedeutung kommt der — bereits mehrfach erwähnten — Entscheidung in 53,217 (II) zu. Die Angeklagten hatten den Hofhund aus dem Gehöft entfernt, um ungehindert stehlen zu können. Das ist ganz zweifellos keine beginnende Wegnahme im logischen Sinne [1]). Und wenn das R. G schreibt: „wesentlich ist, daß die Beseitigung des Hindernisses in gewolltem ununterbrochenem Zusammenhang mit der eigentlichen Wegnahme [2]) erfolgt," so ergibt sich daraus, daß auch das R. G. in dieser Tätigkeit keine Wegnahme im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs erblickt. Dennoch aber wird die Entfernung des Hofhundes als Wegnahme angesehen, weil dazu u. U. schon die bloße Ermöglichung ihrer Ausführung genügen kann, dann nämlich, „wenn ein dem unmittelbaren Zugriffe sich entgegenstellendes Hindernis vom Täter beiseite geschoben wird, um im sofortigen Anschluß daran sich der nunmehr ungeschützten Beute zu bemächtigen." Das R. G. sieht in der Entfernung dieses Hindernisses nicht eine bloße Sicherung einer erst künftig zu begehenden Tat, sondern einen Bestandteil ihrer Ausführung selbst. Obwohl der Gewahrsam also noch nicht gebrochen oder verletzt wird und obwohl eine „eigentliche" Wegnahme nicht vorliegt, so ist der Gewahrsam doch immerhin bereits beeinträchtigt; in der Beseitigung des Hindernisses liegt eine Handlung, die einer Wegnahme gleichgeachtet wird. Aus dieser Gleichstellung ergibt sich für das R. G. die Annahme eines Versuchs. Die Beseitigung eines Hindernisses spielt noch in einigen anderen Entscheidungen eine Rolle. Das R. G. hat in all' diesen Fällen aus denselben Gedankengängen heraus, teilweise sogar mit denselben Worten

[1]) Deshalb auch die Kritik von Liszt-Schmidt 296, Frank 501, Gerland 448 und Stienen 364.

[2]) Von uns gesperrt.

einen versuchten Diebstahl angenommen. So in J. W. 23,1029, wo ausgesprochen wird, daß schon die bloße Ermöglichung des Eingriffs einen Teil der Wegnahmehandlung bildet, sofern es sich um die Beseitigung eines dem unmittelbaren Zugriffe sich entgegenstellenden Hindernisses handelt. Ferner in J. W. 26,2753, wonach als Versuch schon „die Beeinträchtigung oder Gefährdung des fremden Gewahrsams insbesondere durch Beseitigung eines Hindernisses der Wegnahme angesehen werden kann, wofern sich die Wegnahme selbst unmittelbar dem anschließen soll." Mit dem Diebstahl beschäftigen sich weiterhin noch eine ganze Reihe von Entscheidungen. In E. 53,336 (III) — einem ebenfalls lehrreichen Urteil — wollten die Angeklagten auf einem Bahnhof in H. eine Ladung Branntwein aus einem Eisenbahnwagen stehlen. Zu diesem Zwecke sollte ein von H. abgesandter Eisenbahnwagen vom Bahnhof W. aus, wo die von H. kommenden Züge neu zusammengestellt werden, nach H. zurückgeleitet werden, um dann dort den Diebstahl ausführen zu können. Es wurden nun unter Vermittlung einiger Bahnbeamten Wagenbeklebezettel ausgefüllt und auf die mit Branntwein beladenen Wagen geklebt. Dazu bemerkt das R. G., daß in dem Ausfüllen der Beklebezettel ein Anfang der Ausführung des Diebstahls noch nicht zu finden sei, und daß ein Versuch erst in dem Aufkleben der Zettel auf die Bahnwagen gesehen werden könne. Im logischen, rein wörtlichen Sinn liegt aber auch hierin noch kein Gewahrsamsbruch gegenüber der Reichsbahn. Denn auch durch das Aufkleben der Zettel auf die Bahnwagen ist noch nicht begonnen worden die Branntweinladung dem tatsächlichen Machtbereich der Bahnverwaltung zu entziehen. Dagegen läßt sich nicht leugnen, daß auch hier bereits eine Beeinflussung des Gewahrsams, oder um die Worte einer früheren Entscheidung zu gebrauchen, eine Beeinträchtigung und Gefährdung stattgefunden hat. Wie Oetker (a. a. O.) mit Recht bemerkt, behielt die Bahnverwaltung zwar den Gewahrsam, aber belastet mit der Verlustgefahr, indem die Angeklagten in der Lage waren sich auf dem Bahnhof H. der Ladung zu bemächtigen. Auch in dieser Entscheidung genügt dem R. G. zur Annahme eines versuchten Diebstahls die bloße Störung eines Gewahrsams, die erst dessen Bruch besorgen läßt.

Ein versuchter Einbruchsdiebstahl wird nach E. 55, 35 (IV) darin gefunden, daß die Angeklagten eine Fensterscheibe des Gebäudes, in das sie stehlenshalber eindringen wollten, mit einer dicken Masse bestrichen, um das Klirren der Glasstücke zu verhindern. Ein Einbruch im logischen Sinn ist dies nicht, denn ein solcher beginnt erst mit dem gewaltsamen Eingriff in die Sachsubstanz. Aber dem R. G. genügt es auch hier wieder, wenn die Tätigkeit vermöge ihres notwendigen Zusammenhangs mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint und wenn sie dazu geeignet war, in ihrem regelmäßigen Verlaufe den Erschwerungsgrund des Einbruchs zur Vollendung zu bringen. Gemäß E. 54, 183 (II) liegt ein versuchter Diebstahl bereits in dem Betreten eines Raumes in Diebstahlsabsicht, sofern der Täter es auf einen bestimmten im Raum befindlichen Gegenstand abgesehen hat und nur noch die Hand auszustrecken braucht, um ihn an sich zu nehmen. „Hier ist nicht mehr eine sonstige neue Willensregung erfordernde Vorbereitungshandlung gegeben"; vielmehr hatte der Gewahrsam bereits eine „sehr erhebliche Beeinträchtigung erfahren."

Eine sehr ausführliche und instruktive Entscheidung ist die des 2. Senats in 54, 254. Das R. G. analysiert hier den Begriff „wegnehmen" und führt aus, daß er nicht wörtlich auszulegen sei. Vielmehr müsse man bei der Auslegung darauf abstellen, daß es sich um eine Wegnahme „aus fremdem Gewahrsam" handele, denn ihn allein wolle das Gesetz schützen. Begonnen sei nun mit dem Gewahrsamsbruch schon dann, „wenn ein wesentliches Zurückdrängen, ein Beeinträchtigen des fremden Gewahrsams stattgefunden hat, wenn der Dieb die naheliegende Möglichkeit eines Bruches des fremden Gewahrsams geschaffen, ihn mit anderen Worten gefährdet hat". Dies wird für den vorliegenden Fall bejaht. Der Dieb hatte sich bereits durch alle Stockwerke hinaufgeschlichen und stand im Boden vor einer unversperrten Bodenkammer, in die er nur einzutreten brauchte, um die dort umherliegenden Gegenstände wegzunehmen. „Hier ist ein zielbewußter verbrecherischer Wille in gefährlicher Weise in die Erscheinung getreten, die Vollendung der Tat steht unmittelbar

bevor, und der Gewahrsam des Eigentümers ist bereits ernstlich gefährdet. In einem solchen Fall eine straflose Vorbereitungshandlung anzunehmen, würde dem gesunden Rechtsempfinden widersprechen und dem ertappten Diebe selbst unverständlich sein". In E. 54, 328 (IV) wird das Aufspringen auf das Trittbrett eines fahrenden Zugs als Versuch des schweren Diebstahls angesehen, weil es bereits einen schwerwiegenden Eingriff in das Herrschaftsverhältnis des Gewahrsamsinhabers und eine erhebliche Beeinträchtigung seiner tatsächlichen Verfügungsmacht bedeute.

In einem anderen Fall (J. W. 22, 225) hatten die Angeklagten, die aus einem Eisenbahnwagen stehlen wollten, bereits die Hände erhoben, um den Verschlußriegel wegzuschieben. Auch hierin sieht das R. G. einen Versuch, weil nicht nur ein zielbewußter verbrecherischer Wille in gefährlicher Weise in die Erscheinung getreten sei, sondern auch die Vollendung der Tat unmittelbar bevorstand. M. a. W. auch hier war der Gewahrsam der Bahn durch die Tätigkeit der Angeklagten ernstlich gefährdet.

Eine von Frank (501) und Gerland (448) angegriffene Entscheidung findet sich in 55, 244 (IV). Hier hatte der Täter ihm zur Ansicht vorgelegte Gegenstände in die Hand genommen, um einen davon zu stehlen. Das R. G. erblickt darin einen Versuch des § 242, denn es genüge zum beginnenden Gewahrsamsbruch die geringste Beeinträchtigung der tatsächlichen Herrschaft, die evtl. schon in der bloßen Annäherung an den zu stehlenden Gegenstand gefunden werden kann. Sehr bezeichnend für die neuere reichsgerichtliche Judikatur in der Versuchsfrage ist auch die Entscheidung in 56, 205 (I). Um die Durchlaßgenehmigung für nicht zur Ausfuhr freigegebene Waren zu erlangen, hatten die Angeklagten in die der Behörde vorzulegenden Frachtbriefe mit Bleistift solche Waren eingefügt, deren Ausfuhr gestattet war. Späterhin sollten diese Bleistiftvermerke entfernt und die wirklich auszuführende Ware eingesetzt werden. Obwohl ein „Verfälschen" in der natürlichen Bedeutung dieses Wortes erst in dem späteren Einsetzen der auszuführenden Ware liegt, erblickt das R. G. den Versuch des § 268 bereits in der

Erwirkung der amtlichen Durchlaßgenehmigung zum Zwecke späterer Verfälschung und Gebrauchmachung. Denn — so führt das R. G. aus — das Erschleichen einer rechtlich bedeutsamen Erklärung „setzt eine wesentliche Bedingung für die Herbeiführung des rechtwidrigen Erfolgs und bildet daher den Anfang der Verwirklichung des äußeren Tatbestandes".

Interessant ist die vom Leipziger Kommentar als „zu weitgehend" bezeichnete Entscheidung in 59, 157 (II). Ein Vater betäubt sein Kind, um es dann im Betäubungszustand zu töten. Auch hier läßt sich das Betäuben logisch nicht mehr unter den Begriff „töten" subsumieren [1]); aber es gehört mit dem Oeffnen der Pulsader notwendig zusammen, bildet bereits eine Gefährdung und erscheint deshalb für die natürliche Auffassung als Bestandteil der Tötungshandlung. In 61, 33 (II) hat das R. G. in dem Ueberfall auf den Gefängnisbeamten, um ihm die Schlüssel zu entreißen, einen Anfang der Ausführung der Befreiungshandlung im Sinne des § 120 erblickt, da hierdurch ein der Flucht entgegenstehendes Hindernis beseitigt werden sollte.

Endlich ist noch die jüngste Entscheidung in 62, 363 (II) zu erwähnen. Bei dem Verkauf eines Grundstücks hatte der Angeklagte, um Steuern zu sparen, den Kaufpreis zu niedrig angegeben. In der falschen notariellen Beurkundung des Kaufpreises und der Einreichung des Kaufvertrages an das Finanzamt sieht das R. G. einen Versuch des § 360 R. A. O. Die Entscheidung wird von Hippel (402 Anm. 4) abgelehnt, indem er darauf hinweist, daß die Beurkundung lediglich Vorbereitung und erst die Einreichung an das Finanzamt Anfang der Ausführung sei. Indessen ist dem R. G. Recht zu geben. Wie in E. 51, 341, so kann auch hier gesagt werden, daß bereits in der Herstellung einer falschen Bescheinigung ein Versuch liegt, sofern nur beabsichtigt ist, einen bestimmten Dritten zu täuschen.

Damit ist die Reihe jener Entscheidungen abgeschlossen, in denen wir dem R. G. — trotz teilweiser heftiger Kritik der Wissenschaft — ohne Bedenken zustimmen können. Das wird

[1]) Weshalb auch Stienen (367) von einer gewaltsamen Umbiegung von Gesetz und wissenschaftlicher Erkenntnis spricht, wenn man gleichwohl feststellen wolle, daß das Töten „angefangen" habe.

des näheren noch am Schluß dieses Teils ausgeführt werden. Dagegen sind nun noch einige Urteile anzuführen, deren Ergebnis nicht ohne weiteres beigetreten werden kann. Es sind die drei Entscheidungen in 52, 184; 55, 191 und 59, 1. In E. 55, 191 (II) ist der Angeklagte wegen versuchten Diebstahls bestraft worden, weil er den vom Berechtigten zur Abwehr diebischer Eingriffe in seinem Besitztum eingesetzten Wächter zur Gestattung des Eintritts zu bestimmen versuchte. Das R. G. bemerkt dabei, daß es auf die Art des Hindernisses nicht ankomme und daß es keinen Unterschied mache, ob der Dieb eine nach außen hin zur Sicherung des Gewahrsams angebrachte Schutzvorrichtung niederzureißen sucht, oder ob er sich bemüht, einen Pförtner in seiner Pflichterfüllung wankend zu machen. In jedem Fall liege bereits eine Gefährdung und Beeinträchtigung des fremden Gewahrsams vor. Die Entscheidung ist von Gerland (448), Frank (59), Lobe (766) und Stienen (363) zurückgewiesen worden.

Sehr ausführlich ist das Urteil in 59,1 (II) von Mittermaier (J. W. 25, 973) widerlegt worden. Hiernach soll ein Versuch des § 229 schon in der bloßen Herstellung des Gifttrankes liegen. Nach der natürlichen Auffassung sei durch die Herstellung des Trankes mit dessen Beibringung begonnen. Die von der Angeklagten entfaltete Tätigkeit hätte bei ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals des Beibringens geführt.

Endlich noch die am meisten bekämpfte und von Ebermayer als „übersubjektiv" gekennzeichnete Entscheidung in 52,184 (I), die auch an den Eingang unserer Ausführungen gestellt worden ist. Wie dort bereits ausgeführt wurde, nimmt das R. G. einen Versuch des § 176 Abs. 3 schon dann als gegeben an, wenn der Angeklagte die feste Absicht hatte, die Kinder zur Duldung unzüchtiger Handlungen zu verleiten, selbst wenn das Ansinnen nach außen noch nicht erkennbar war. Damit ist die Judikatur des R. G. zur Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch abgeschlossen. Es soll nunmehr einiges zur Kritik dieser Rechtsprechung gesagt werden.

Der besseren Uebersicht und der inneren Zusammengehörigkeit[1]) wegen sind die zahlreichen Entscheidungen in drei Gruppen eingereiht worden. Die erste Gruppe enthielt durchweg Fälle, in denen ein Versuch schon deshalb angenommen werden konnte, weil die Tätigkeit zwanglos unter das in Frage stehende Tatbestandsmerkmal — und zwar in der sprachlich engsten Bedeutung dieses Wortes — zu subsumieren war. Denn, um in dem Bereithalten des Fleisches in dem Verkaufslokal den Beginn des „Feilhaltens" zu erblicken, braucht dieses Merkmal gewiß nicht erweiternd ausgelegt zu werden. Wir können deshalb hier vielleicht von Tatbestandshandlungen i. e. S. sprechen, weil eben schon der engere Sinn des konkreten Tatbestandswortes eine Subsumtion gestattet.

Dagegen wird nun eine erweiternde Auslegung notwendig bei den Versuchsfällen der zweiten Gruppe. Auch hier wird eine Tätigkeit als Versuchshandlung noch deshalb charakterisiert, weil sie unter den Wortsinn des betr. Tatbestandsmerkmals subsumiert werden kann. Nur gelingt die Subsumtion hier nicht mehr unter den Begriff in seiner engsten, gewöhnlichen Bedeutung, vielmehr muß hier eine etwas weitere Auslegung Platz greifen. Wenn jemand auf einen anderen in Tötungsabsicht ein Gewehr anlegt, so kann das nicht ohne weiteres als Beginn des Tötens bezeichnet werden. Im gewöhnlichen, (also engeren) Sinn kann unter „töten" nur eine unmittelbare Einwirkung auf den Körper eines anderen verstanden werden. Es steht aber nichts im Wege in einem weiteren Sinn unter Tötungshandlung jede auf den Tod hinzielende Handlung zu verstehen. Dann aber liegt in dem Anlegen des Gewehrs auch bereits der Anfang des „tötens"[2]). Weil in diesen Fällen ein Versuch nur angenommen werden kann, wenn das in Frage stehende Tatbestandsmoment in seiner weiteren Bedeutung

[1]) die im Verhältnis der beiden ersten Gruppen zueinander weniger hervortritt, die aber für die dritte Gruppe den beiden anderen gegenüber bedeutsam wird.

[2]) Daß es sich dabei in der Tat um die Verwendung eines Tatbestandsmerkmals in seiner extensivsten Bedeutung handelt, wird auch durch Eb. Schmidt bestätigt, der in Festg. f. Fr. II, 112 ausführt, daß damit das in concreto vom Täter gewählte Tötungsmittel zur Tatbestandshandlung erklärt wird.

genommen wird, so kann man hier von Tatbestandshandlungen i. w. S. sprechen.

Konnte in den beiden ersten Gruppen die Handlung noch unter den Wortlaut des Tatbestandes subsumiert werden, so ist das in den Fällen der dritten Gruppe nicht mehr möglich. Wenn der Hofhund entfernt wird, um die Wegnahme eines bestimmten ins Auge gefaßten Gegenstandes aus dem Wohnhaus zu erleichtern, so bedeutet die Entfernung weder im engeren noch auch im weiteren Sinn den Beginn der „Wegnahme des Gegenstandes." Oder wenn der Vater sein Kind betäubt, um es im Anschluß daran zu töten, so ist die Betäubung noch nicht der Anfang der Tötungshandlung. Man kann diese Tatbestandsmerkmale noch so sehr ausdehnen, die Handlungen der Angeklagten können damit nicht mehr identifiziert werden [1]). Wenn das R. G. dennoch in all' diesen Fällen einen Versuch angenommen hat, obwohl der Wortlaut des in Frage stehenden Tatbestandes das nicht zuläßt, so kann es einzig und allein die ratio des Gesetzes sein, die eine solche Annahme rechtfertigt. Deshalb kann in diesen Fällen von einer Ausführungshandlung gesprochen werden, d. h. einer Handlung, die zwar auch einen Versuch begründet, aber nicht wegen ihrer Subsumierbarkeit unter den Wortlaut des Gesetzes (wie die Tatbestandshandlungen), sondern unter deren ratio. Denn hinter all den mannigfachen, verschiedenartigsten Kriterien, die gerade in der dritten Gruppe eine selbständige Bedeutung erlangen, weil sie hier allein entscheiden, ob Vorbereitung oder Versuch vorliegt, verbirgt sich in Wahrheit nichts weiter als das Abstellen auf die ratio des Gesetzes. Dies ist zwar in dieser dritten Gruppe, wo es gerade am Platze gewesen wäre, nirgends ausgesprochen [2]) aber in jeder Entscheidung wird dieser Gedanke durch mehr oder weniger zutreffende Formulierungen

---

[1]) Das sagt z. B. sehr deutlich die E. 59, 157, derzufolge ein Versuch auch vorliegt, wenn eine Handlung vorgenommen ist, die zwar selbst nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehört, die aber „vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit einer Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteil erscheint".

[2]) Die mit der ratio gleichbedeutende Bezeichnung „Rechtsgut" findet sich nur in zwei Entscheidungen der 2. Gruppe; vgl. oben S. 42.

umschrieben. Ob von einer wesentlichen (56, 205) oder notwendigen (61, 109) Bedingung die Rede ist; ob ein Wille verlangt wird, der in gefährlicher Weise in die Erscheinung getreten ist (54, 254; J. W. 22. 225); ob allgemein von einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Rechtsguts gesprochen wird (z. B. 54, 183; 55, 244 u. a.); ob auf die notwendige Zusammengehörigkeit, die Geeignetheit, den regelmäßigen Verlauf, die natürliche Auffassung i. S. der Frank'schen Formulierung abgestellt wird (53, 217; 59, 1 u. a.) oder ob endlich von der Absicht der Gesetzgebung dem Rechtsbedürfnis und Rechtsempfinden die Rede ist (9, 84; 54, 254): in allen Fällen ist damit die ratio gemeint, die dann einzugreifen hat, wenn der Wortlaut versagt. Daß dies und nichts anderes gemeint ist, wird — abgesehen von den in Anm. 2 erwähnten Fällen — vielleicht am deutlichsten in E. 54, 254. Hier wird die ratio des § 242 aufgedeckt, denn — so sagt das R. G. — der Begriff „Wegnahme" ist nicht wörtlich auszulegen. Vielmehr handelt es sich um eine Wegnahme „aus fremden Gewahrsam"; ihn will das Gesetz schützen. Zur Feststellung, ob Vorbereitung oder Versuch vorliegt, wird hier nicht der Wortlaut, sondern der Grundgedanke des § 242 herangezogen.

Es ist schon eingangs erwähnt worden, daß dieser neueren Judikatur des R. G. — gemeint sind die Fälle der dritten Gruppe — der Vorwurf des Subjektivismus gemacht worden ist. Dieser Vorwurf ist — soviel können wir zunächst feststellen — generell unberechtigt. Nicht ein Subjektivismus, sondern ein Abstellen auf die ratio des Gesetzes zeigt sich in den mannigfachen Formulierungen des R. G. Ist auch hier und dort von einem Willen die Rede[1]), so dient er doch niemals als Abgrenzungskriterium. Stets wird verlangt, daß er in gefährlicher Weise in die Erscheinnng getreten sei. Also nicht der Wille, sondern die durch den Willen bewirkte Gefährdung des Rechtsgutes ist maßgebend. Das aber ist ein objektives Merkmal.

In der Frage des untauglichen Versuchs ist allein der Wille maßgebend (E. 1, 451) und die Gefährlichkeit wird ausdrücklich ausgeschlossen (E. 34, 217); in der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch aber entscheidet allein die ob-

[1]) E. 54, 254 und J. W. 22, 225.

jektive Gefährdung (E. 54, 254). Wie diese gewiß merkwürdige Diskrepanz zu erklären ist, darüber soll im Anhang noch einiges gesagt werden. Generell also ist der Vorwurf des Subjektivismus ganz sicher unberechtigt. Es ist nun bloß noch zu prüfen, wie es mit jenen zuletzt genannten drei Entscheidungen steht, die Gegenstand einer besonders heftigen Kritik geworden sind. In E. 52, 184 wird jener später so stark angegriffene Satz aufgestellt, daß es zum Versuch des § 176 Abs. 3 nicht nötig sei, daß das Ansinnen an die Kinder unzüchtige Handlungen zu erdulden nach außen gedrungen sei; es genüge, wenn der Täter sein verbrecherisches Ziel fest im Auge gehabt habe. Ein Versuch wird in diesem Fall vom R. G. lediglich deshalb verneint, weil es sich um ein zweijähriges Mädchen handelte und nicht festgestellt sei, daß der Angeklagte damit gerechnet habe, daß er auf den Willen dieses Kindes einwirken könne. Es sei aber in jedem Fall notwendig, daß der Täter versuchen müsse die Duldung durch Beeinflussung des Willens zu erreichen. — Daß der erste Satz, und nur dieser interessiert hier, in der Tat nur vom Standpunkt einer subjektiven Theorie aus verständlich ist, kann nicht bezweifelt werden. Hier wird ein Wille in Reinkultur verlangt; eine Entäußerung dieses Willens in irgendeiner Weise ist nicht notwendig. In den beiden anderen Entscheidungen (55, 191 u. 59, 1) spielen subjektive Gesichtspunkte keine Rolle. Vom Willen ist nirgends die Rede. Wenn auch diese Entscheidungen nicht zu billigen sind und eine Kritik berechtigt erscheint, so nicht deshalb, weil sie von der subjektiven Theorie beeinflußt sind, sondern weil das grundsätzlich richtige Abstellen auf die ratio in diesen beiden Fällen vielleicht nicht mit der genügenden Sorgfalt gesehen ist. Das wird in den Ausführungen des 3. Teils verständlich werden.

Wenn zu Eingang dieses zweiten Teils gesagt wurde, daß sich in der reichsgerichtlichen Judikatur wohl alle Formulierungen finden, die je zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch aufgestellt worden sind, so können wir jetzt nach genauerer Kenntnis der Rechtsprechung feststellen, daß zwar rein äußerlich, alle Unterscheidungsmerkmale Verwendung finden, daß aber das wirklich entscheidende Kriterium — wie es gerade

in den Fällen der dritten Gruppe deutlich wird — das der Gefährlichkeitstheorie ist. Soll also das R. G. auf eine Theorie festgelegt werden, so kann das nur die Gefährlichkeitstheorie sein. Wenn demgegenüber in der Literatur immer betont wird, das R. G. vertrete die Tatbestandstheorie, besonders in der Modifikation, die sie durch Frank erfahren hat, so ist das nicht richtig; denn das formale Kriterium findet nur in einigen wenigen Fällen Anwendung und die Frank'sche Formulierung, die immer nur im Zusammenhang mit Merkmalen der Gefährlichkeitstheorie benutzt wird, steht dieser ebenso wenig entgegen.

Soviel also kann schon hier gesagt werden: die Judikatur des R. G. in der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch verdient grundsätzlich Anerkennung. Wenn aber auch hier noch nicht stehen geblieben werden kann, so deshalb, weil auch gegen die Rechtsprechung des R. G. — trotz grundsätzlicher Billigung — dieselben Einwürfe wie gegen die in der Wissenschaft vertretene Gefährlichkeitstheorie erhoben werden müssen. Auch dem R. G. kann der Vorwurf nicht erspart bleiben, die besondere Methodik der Begriffsbildung und Rechtsanwendung im konkreten Fall gar nicht oder nicht genügend gewürdigt zu haben. Und darum wird es die Hauptaufgabe des dritten Teils sein, jene zwei schon an anderer Stelle genannten Fragen zu beantworten:

1. wann kann und muß die ratio des Gesetzes — spez. in der hier interessierenden Frage — Berücksichtigung finden, und

2. wie ist das auf der ratio beruhende Kriterium eindeutig zu formulieren?

III. Teil. Die Lösung des Problems mit Hilfe des teleologischen Begriffsbildungsverfahrens und einige grundsätzliche Bemerkungen hierzu.

Ist es zwar — wenn auch zu Unrecht — bestritten, ob der § 43 eine Versuchsdefinition aufstellt[1]), so steht doch soviel fest, daß er die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen statuiert. Ja, wir können trotz Widerspruchs namentlich der älteren

[1]) Vgl. dazu die Bemerkungen im Anhang.

Literatur (vgl. John 212) noch weitergehend sagen: der § 43 bemüht sich auch um die Aufstellung eines abgrenzenden Merkmals. Wer vorsätzlich Handlungen vornimmt, die „den Anfang der Ausführung" eines Verbrechens oder Vergehens enthalten, ist wegen Versuchs zu bestrafen. Was aber bedeutet „Anfang der Ausführung"? Darüber belehren uns weder die Motive noch das Gesetz selbst. Der Begriff ist also auszulegen. Damit wird das Problem, ein Kriterium für die Scheidung von Vorbereitungs- und Versuchshandlungen zu finden zu einer rein methodologischen Frage [1]). Denn es wird sich zeigen, daß die Schwierigkeiten, ein solches Unterscheidungsmerkmal aufzustellen, allein auf methodischem Gebiete liegen, daß sie allein veranlaßt werden durch Unvollkommenheiten einer heute noch verbreiteten [2]) Auslegungsmethodik.

Soll ein Merkmal eines gesetzlichen Tatbestands ausgelegt werden, so ist zuerst der gewöhnliche Wortsinn, der Sprachgebrauch heranzuziehen [3]). Der aber kann hier nicht entscheiden. Denn es läßt sich — wie schon John (212) richtig bemerkt — mit Bezug auf den bestehenden Sprachgebrauch nicht ableugnen, daß beispielsweise derjenige, der die zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Mittel herbeischafft, die Begehung des Verbrechens immerhin „angefangen" habe. Erkennt man, daß der Versuch eine positivrechtliche Schöpfung [4]) ist, der Begriff der Ausführungshandlung mithin ein juristischer, so wird verständlich, daß nicht die Worte des Gesetzes den Unterschied von Vorbereitung und Versuch begründen, daß vielmehr erst ein bestimmter juristischer Inhalt in die Worte „Anfang der Ausführung" hineingelegt werden muß [5]). Dieser juristische Inhalt aber ergibt sich aus dem Zusammenhang der §§ 43 und 47. Auch der § 47 spricht von „ausführen" und meint damit den Gegensatz zu bloßer Gehilfentätigkeit. Daraus läßt sich ent-

[1]) Der Mangel dieser Erkenntnis hat in vielen Fällen das richtige Vorgehen außerordentlich erschwert.

[2]) aber wohl nicht mehr herrschenden; vgl. Schwinge, Meth. 18, 20ff.

[3]) Ueber unsere abweichende Auffassung vgl. 77 ff.

[4]) E. 42, 271 (V).

[5]) Vgl. auch John a. a. O.

nehmen, daß mit Ausführungshandlung gemeint ist: die Tatbestandshandlung des einzelnen Delikts, oder genauer: „dasjenige Verhalten, das logisch bereits als tatbestandsmäßig unter den Deliktstatbestand fällt, weil es in concreto dem dort allgemein unter Strafe gestellten Verhalten entspricht [1])".

Damit scheint im Wege der Wortanalyse [2]) ein Kriterium gefunden zu sein, das sich nicht nur durch seine Klarheit und Prägnanz, sondern noch mehr durch die Sicherheit in der praktischen Handhabung auszeichnet. Ist es doch auch von der h. M. in der Literatur zur Grundlage jedweder Scheidung zwischen Ausführungs- und anderen Handlungen gemacht worden. Allein die genannten Vorzüge sind nur scheinbare. Beginnt der Wilderer, der das Gewehr auf den Jäger anlegt schon mit der „Tötungshandlung"; oder beginnt diese erst mit dem Zielen oder gar erst mit der Schußabgabe? Ist es bereits der Beginn der Wegnahme eines sich im Hause befindlichen Gegenstandes, wenn die Diebe gerade erst dabei sind den Hofhund von der Kette zu lösen? Die beiden Fälle, die beliebig vermehrt werden könnten, demonstrieren die zwei Hauptmängel des scheinbar so klaren Begriffs der „Ausführungshandlung". Einmal seine praktische Unbrauchbarkeit in zahlreichen Fällen: wann jemand einen anderen zu töten beginnt, ist logisch einfach nicht eindeutig zu entscheiden. Zum anderen ist jenes Kriterium nicht ausreichend, um alle Versuchsfälle auch wirklich zu treffen. Das zeigt deutlich das zweite Beispiel. Die Diebe, die dabei waren, den Hofhund von der Kette zu lösen, wären selbst höchst erstaunt, sollten sie deswegen nicht zur Verantwortung gezogen werden. Aber rein logisch ist das Verhalten noch nicht unter § 242 zu subsumieren, denn eine „Wegnahme" hat noch nicht begonnen. Damit aber wird die Unzulänglichkeit des angegebenen Kriteriums offenbar [3]). Gibt es auch in den Fällen, in

[1]) So v. Hippel (398).

[2]) Wenn auch nicht unter Berücksichtigung des alltäglichen, sondern des juristischen Sprachgebrauchs. Ueber den Gegensatz von Wortanalyse und Wortbegrenzung vgl Erdmann, 76 ff., 94, 101.

[3]) Vgl. schon Senf (257): „ich nenne sie (die Tatbestandstheorie) gefährlich, weil sie für den ersten Augenblick so natürlich erscheint, wie das Unklare so vielfach, und dann im entscheidenden Moment völlig versagt".

denen eine logische Subsumtion möglich ist, ein sicheres Unterscheidungsmittel in die Hand, so ist es schon schwer zu handhaben bei den Tätigkeiten, denen eine rein kausale Bedeutung zukommt [1]) und versagt vollends in den Fällen, in denen eine dem Tatbestandsmerkmal logisch nicht subsumierbare Handlung begonnen wird. Frank hat früh genug die Unvollkommenheit dieses formalen Tatbestandskriteriums erkannt und versucht ihm abzuhelfen. Daß auch seine Formulierung uns nicht verwendbar erscheint, ist bereits an anderer Stelle nachgewiesen worden. Allein die sog. Gefährlichkeitstheorie und die Rechtsprechung des R. G. gelangen zu brauchbaren Kriterien, wenngleich auch bei ihnen der methodische Weg noch ganz in Dunkel gehüllt ist. Es ist bereits oben gesagt worden, daß das ganze Problem der Aufstellung eines Abgrenzungskriteriums ein Auslegungsproblem ist. Allein dieser Gesichtspunkt vermag uns weiterzuführen. Es kann nämlich sein, daß das Merkmal der Ausführungshandlung noch nicht erschöpfend ausgelegt worden ist, daß also weder der gewöhnliche noch auch der juristische Sprachgebrauch den wahren Sinn treffen. Das was Ausführung „ist", haben wir bereits erfahren: es ist eine Tatbestandshandlung. Da die Rechtswissenschaft eine praktische Wissenschaft ist, und die Rechtsnorm der Ausdruck eines Wollens und Sollens [2]), so fragt es sich nun, ob es nicht noch eine Bedeutung dieses Wortes gibt, die dem entspricht, was Ausführungshandlung „sein soll". Diese Frage stellen heißt aber über eine bloße formal-logische Begriffsbildung hinausgehen und alle traditionelle (positivistische) Auslegungsmethodik über Bord werfen! Denn hinter jener Frage verbirgt sich nicht mehr und nicht weniger als das Forschen nach dem Zweck des § 43. Ist es möglich (so würde die Frage präzisiert lauten) unter Berücksichtigung des Zweckes des § 43 eine Formel zu finden, die für alle Fälle eine befriedigende Lösung bietet? Die also auch jene Fälle zu behandeln weiß, in denen das im Wege formal-logischer Begriffsbildung gewonnene Kriterim versagt? Es ist notwendig zunächst diese

[1]) wie töten, wegnehmen usw.
[2]) Vgl. Binder, 889, 890.

Fragestellung zu rechtfertigen, bevor ein solcher Zweck aufgesucht wird.

Denn der traditionelle Positivismus gestattet diese Frage nicht, weil er sich des methodologischen Unterschiedes zwischen Natur- und Kulturwissenschaften nicht bewußt ist. Erst mit dieser Erkenntnis erstand der Rechtswissenschaft ein neuer Weg in Bezug auf die Begriffsbildung [1]). Er ist auf philosophischem Gebiete [2]), und zwar von Windelband und dessen Schüler Rickert vorbereitet worden. Diese schieden die generalisierenden und die individualisierenden Wissenschaften und rechneten die Rechtswissenschaft zur letzten Gruppe. Während es der Naturwissenschaft im methodischen Sinn Windelbands und Rickerts auf Gewinnung von Gesetzen und Allgemeinbegriffen ankommt, verwendet die Rechtswissenschaft allgemeine Begriffe lediglich als Hilfsbegriffe, um sich mit ihrer Hilfe durch Vergleichung und Unterscheidung des Besonderen bewußt zu werden. Ihr Ziel ist die vollkommen gegenständliche Erfassung dieses Besonderen in seiner Besonderheit, d. h. der konkrete und historische Begriff [3]). M. a. W.: die Naturwissenschaften verfahren nomothetisch, die Kulturwissenschaften idiographisch [4]), wobei der Unterschied innerhalb der historischen und der juristischen Begriffsbildung hier dahingestellt sei. Ist also das Erkenntnisziel der Wissenschaften ein anderes — hier Betrachtung der Wirklichkeit mit Rücksicht auf das Allgemeine; dort Erfassung und Gestaltung der Wirklichkeit in ihrer Einmaligkeit und Besonderheit — so muß auch die Methode eine andere sein. Rickert führt als Beispiel der geisteswissenschaftlichen Methode die Tätigkeit des Historikers an: „In die historischen Begriffe gehört das, was sich durch die bloß theoretische Beziehung eines

[1]) Es handelt sich hier nur um den Widerstreit von positivistischem und teleologischem Begriffsbildungsverfahren, — also einen Methodengegensatz. Ueber die Prinzipienfrage vgl. S. 77 ff.

[2]) Alle methodischen Anregungen stammen letzten Endes aus der Philosophie. — Vgl. Binder (216): „Die Philosophie ist ja, richtig verstanden, vor allem Methodenlehre".

[3]) Vgl. dazu Rickert, die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung 1929.

[4]) Windelband, Präludien 5. Aufl. II, 145.

Objekts auf allgemein anerkannte Werte[1]) aus der Wirklichkeit heraushebt und zu individuellen Einheiten zusammenschließt" (a. a. O. 339).

Damit hat Rickert das wertbeziehende Verfahren auch für die Rechtswissenschaft bereits angedeutet. Aber noch konkreter spricht er sich in seiner „Lehre von der Definition" aus. Hier bezeichnet er den Zweck des Rechts als das letzte Kriterium dafür, ob ein Merkmal für die Bildung eines juristischen Begriffs wesentlich ist oder nicht (a. a. O. 2. Aufl. S. 42).

Diese Untersuchungen Windelbands und Rickerts sind nicht ohne Einfluß auf die Rechtswissenschaft geblieben. Nachdem auch die „Rechtsphilosophie" des Philosophen Lask diese Bahnen wandelte, indem er von dem „teleologischen Grundcharakter des Rechts" spricht (a. a. O. 327), waren es vor allem Radbruch und Binder, die in ihren rechtsphilosophischen Werken sich die Gedanken der Süd-Westdeutschen Schule zu eigen machten. Auch für Radbruch ist die Jurisprudenz idiographische Wissenschaft (209), die juristische Begriffsbildung teleologische Begriffsbildung. „Der Begriff jedes einzelnen Rechtsinstitutes ist durch die Beziehung auf seine spezifische Idee zu gewinnen" (a. a. O. 199).

Ganz ebenso Binder. Die Rechtswissenschaft ist eine historisch-interpretative Wissenschaft (888) und die Logik hat nicht die naturwissenschaftliche Formallogik, sondern Teleologik zu sein, „damit die Konsequenzen, die sie aus den ihr gegebenen Rechtssätzen zieht, selbst dem Zweck der Rechtsnormen gerecht werden und überdies selbst ‚Recht' sein können" (890). Nicht aller Vertreter kann hier gedacht werden, die sich im Erkenntnisziel und in der Methode an die bisher genannten anschließen. Es sei nur noch auf einige Strafrechtler, wie Grünhut, Mezger, Sauer, Wolf und Schwinge hingewiesen[2]), von denen sich Wolf bereits ausführlicher und Schwinge sehr eingehend mit der Methodik der Begriffsbildung beschäftigen[3]).

---

[1]) Von uns gesperrt.

[2]) Vgl. Literaturverzeichnis zu den genannten Autoren.

[3]) Ueber die Heranziehung des Zweckmomentes bei der staatsrechtlichen Begriffsbildung vgl. die Nachweise bei Schwinge, Teleolog.

Da die juristischen Begriffe — soweit wir es nicht mit Rechtsvergleichung zu tun haben — Individualbegriffe sind, und das Begriffsbildungsverfahren ein wertbeziehendes Verfahren darstellt, so dürfte es nunmehr nicht schwer fallen den spezifischen „Wert“ [1]) herausfinden, der das Auswahlprinzip für die Begriffsbildung abzugeben hat. Da das Recht zweckbewußt von Menschen geschaffen wird und da es lediglich Zweckvorstellungen sind, die den Gesetzgeber bei der Schaffung von Tatbeständen leiten [2]), können es nur der Zweck, die Idee, die ratio des einzelnen Delikttatbestandes sein, die jenes Auswahlprinzip repräsentieren. Dieser Zweck aber drückt sich in nichts anderem aus, als in dem Schutzobjekt oder Rechtsgut des konkreten Tatbestands. Das Rechtsgut ist der „vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtsätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel [3])“. Er ist eine „Substantivierung, eine Abbreviatur des Zweckgedankens [4])“.

Nur das Begriffsbildungsverfahren also, das von diesem Zweckgedanken getragen wird, kann das dem Recht adäquate Verfahren sein: das ist die teleologische Methode [5]). Schon v. Liszt erkannte, daß mit dem Schutzobjektsbegriff „die teleologische Betrachtung des Rechts beginnt und die formal-logische ihr Ende findet“ (Z. 6, 673). So lautet denn die Frage, die wir uns nun zu stellen haben: Worin besteht eigentlich die ratio, das Rechtsgut des § 43? Ihering hat einst geäußert, daß nirgends der Zweck so sicher zu entdecken sei, wie auf dem Gebiete des Rechts. Das stimmt in den meisten Fällen! Es ist ein Schluß vom Mittel (dem Gesetzeswortlaut) auf den Zweck; m. a. W. es gilt aus dem Weg das Ziel zu erkennen, oder noch genauer: „Aus Worten und Umständen ermitteln wir diesen konkreten

Begriffsb. S. 12 ff., 61 und Meth. besond. S. 14 ff. Unter den Zivilisten ist vor allem auf die sog. „Tübinger Schule“ hinzuweisen (vgl. dazu Stoll, Interessenjurisprudenz . . i. Festg. f. Heck usf. 60 ff).

[1]) Vgl. Rickert, Kulturwiss. u. Naturw. 4./5. Aufl. S. 111.

[2]) Vgl. Stoll, a. a. O. 66, 79.

[3]) Honig, 94.

[4]) Grünhut, Festg. f. Fr. I, 8.

[5]) Sie darf nicht verwechselt werden mit der Verwendung sog. deskriptiver und normativer Tatbestandselemente. Diese spielen erst bei der Rechtsanwendung eine Rolle. Vgl. S. 70.

Zweck, immer davon ausgehend, daß der wörtliche Befehl als Mittel zur Erreichung desjenigen Zweckes gedacht und gewollt sei, den unter sonst gleichen Umständen ein einsichtiger Mensch, als Gesetzgeber gedacht, mit der Erlassung dieses konkreten Befehls verbunden haben würde[1])" (Reichel 76).

Weshalb bestraft nun der Gesetzgeber bereits einen „Anfang der Ausführung", d. h. eine teilweise Tatbestandsverwirklichung? Die Antwort darauf dürfte nicht schwer fallen. Bestraft er die Vollendung deshalb, weil durch sie Rechtsgüter verletzt werden, so kann es der Zweck der Versuchsstrafe nur sein, bereits die Möglichkeit einer solchen Verletzung d. i. die Gefährdung eines Rechtsguts zu verhindern. Bereits Feuerbach (45) verlangte eine objektive Gefahr. Das ist auch seit ihm die Auffassung der weitaus h. M. geworden: der Grund der Strafbarkeit des Versuchs liegt in seiner Gefährlichkeit![2])

Wenn demgegenüber eine rein subjektive Auffassung behauptet, daß der Grund der Strafbarkeit der verbrecherische Wille sei, so wird dabei ein allgemeiner kriminalpolitischer Gesichtspunkt für die Strafe schlechthin hervorgehoben, nicht aber die ratio des § 43 angegeben. Das aber ist etwas Verschiedenes, denn die kriminalpolitische Erwägung abstrahiert vom Einzeltatbestand, die ratio hat gerade darin ihren Ursprung. Soweit von der subjektiven Theorie außerdem der Begriff einer

---

[1]) Das ist niemals eine rein gedankliche Operation, wie Schwinge (62) im Anschluß an Binder (218) ausführt. Es ist schon richtig, wenn Sombart behauptet, das Verstehen sei die der Soziologie entsprechende Erklärungsform. Das gilt nicht nur — wie Schwinge, 62 ff. meint — wenn die Auslegung eines Deliktstatbestandes zu verschiedenen möglichen Schutzobjekten hinführt, sondern es gilt schlechthin. Es kann füglich nicht behauptet werden, daß man das Schutzobjekt im Wege einer logischen Denktätigkeit aus dem Gesetz ablesen könne; vielmehr gelangt man zu ihm nur unter steter Berücksichtigung eines vernünftigen Zwecks. Das aber ist typisch rechtliche Arbeitsweise: es ist kein Begreifen, sondern ein Verstehen; kein Erkennen, sondern ein Werten; kein Denken, sondern ein Wollen. (Ueber diese Gegensätze vgl.: Schwinge, 60 mit Hinweis auf Vierkandt; Sauer 36; Beling, Meth. 1; Mezger, Sein und Sollen 65 ff.) Vgl. zu dem Ganzen auch die Fragestellung auf S. 58.

[2]) Vgl. dazu ausführlich z. B. Rosenberg Z. 20,691 ff.

objektiven Gefahr geleugnet wird [1]), beruht dies letzten Endes auf der Annahme einer kausalen (u. i. dies. S. objektiven) Gleichwertigkeit der Bedingungen, die bereits oben zurückgewiesen worden ist. Nicht viel anders steht es auch mit den Variationen der subjektiven Theorie, sei es die Auffassung Bindings, nach welcher der Versuch als „teilweise Verwirklichung" der verbrecherischen Absicht erscheint, seien es die Auffassungen von Germann, Lammasch und Klee, die allzu einseitig die Gefährlichkeit des Täters betonen [2]). Es bleibt dabei: die ratio des § 43 liegt in der Gefährlichkeit der Versuchshandlung.

Mit dieser Feststellung ist aber die Begriffsbildung noch nicht abgeschlossen, denn wir wissen noch nicht, wann eine Handlung nun eigentlich gefährlich ist. Ohne uns mit den verschiedenen Auffassungen auseinanderzusetzen und ohne in eine eingehende Analyse des Gefahrbegriffs einzutreten, schließen wir uns auch hier der h. M. an, indem wir uns die Formulierung Henckels [3]) zu eigen machen:

„Gefahr ist dann vorhanden, wenn im einzelnen Falle für verständiges kritisches Urteil eines objektiven Beschauers die Möglichkeit des Erfolgseintritts bestand und das Ausbleiben des Erfolgs unberechenbar war. Dieser Berechnung sind zugrunde zu legen alle dem objektiven Beobachter in der Lage des Täters erkennbaren Bedingungen" (a. a. O. 30).

Diesem Gefahrbegriff liegt zugrunde der Standpunkt der nachträglichen Prognose, d. h. eine Beurteilung ex ante, wie sie mit Rücksicht auf den Gefahrbegriff zuerst von v. Liszt [4]) entwickelt wurde.

Damit wäre die Begriffsbildung abgeschlossen [5]), denn wir

---

[1]) Vgl. dazu Rosenberg a. a. O. 703: „Theoretische Schrulle einzelner weltfremder Gelehrter" — „sophistische Spitzfindigkeit" — s. auch v. Hippel 422 ff.

[2]) Vgl. zu den einzelnen Meinungen: Liszt-Schmidt, 293 Anm. 10.

[3]) „Der Gefahrbegriff im Strafrecht" Breslau 1930.

[4]) Lehrbuch, 2. Aufl. 1884 S. 191 — Ausführliche Darstellung auch bei v. Hippel 427 ff. — Vgl. auch Liszt-Schmidt 302 f.

[5]) Freilich nicht schon für den konkreten Einzelfall. Denn, da der Versuch praktische Relevanz erst in Verbindung mit einem Tatbestand des Besonderen Teils erlangt, muß jeweils auch das Rechtsgut dieses besonderen

haben jenes Merkmal gefunden und des näheren bestimmt, das der ratio des § 43 entspricht. Bevor wir nun zur Rechtsanwendung, d. h. zur eigentlichen Subsumtion der uns interessierenden Fälle unter das im Wege des teleologischen Begriffsbildungsverfahrens entwickelte Merkmal der Gefährlichkeit übergehen, wollen wir an dieser Stelle noch einen Augenblick verweilen.

Wir haben uns in der Entwicklung dieses Begriffsbildungsverfahrens im großen und ganzen von den Ausführungen Schwinges leiten lassen. Ist auch der Grundgedanke der Schwinge'schen Schrift — die Berücksichtigung der ratio bei der Auslegung — richtig[1]) so glauben wir doch bei der Deliktstypus festgestellt werden. — Schwinge spricht in seinem Buch überhaupt nur von Deliktsbegriffen des Besonderen Teils (Vgl. z. B. S. 22). Aber das verschlägt nichts. Das teleologische Verfahren kann auch auf den Allgemeinen Teil Anwendung finden, sofern man nur beachtet, daß die Begriffsbildung damit noch nicht beendet ist.

[1]) Wolf, der den Grundgedanken der Ausführungen Schwinges ebenfalls billigt, hat zweierlei auszusetzen. Er wirft Schwinge einmal die Verkennung des Unterschiedes von strafrechtlicher und strafrechtswissenschaftlicher Begriffsbildung vor, sodann fordert er die Klarstellung des rechtsgutschaffenden Grundwertes (vgl. auch J. W. 31, 190). — Was den ersten Punkt anbetrifft, so ist Wolf recht zu geben. Gerade wer die teleologische Begriffsbildung durch den Gesetzgeber und Richter anerkennt, muß bestrebt sein, der Wissenschaft, der es auf „Strukturierung überzeitlicher Werte" ankommt, den Wahrheitswert zu erhalten. Sehr gut bemerkt neuestens Stoll (a. a. O. 96), daß wissenschaftliches und gesetzliches System ihrem Wesen nach verschieden sind. „Das wissenschaftliche System dient Ordnungs- und Erkenntniszwecken ‚es muß logische Struktur tragen, wenn anders von ihm sinnvoll die Rede sein soll' (Schönfeld Festg. f. R. G. 2, 193). Das ‚gesetzliche System' ist dagegen in diesem Sinn gar kein ‚System', sondern nur eine Ordnung, denn sein Gehalt ist nicht logischer Natur, kann ‚von keiner formalen Logik ausgeschöpft werden' (Schönfeld)". — Vgl. derselbe S. 78, 102, 108 ff. und Mezger ebda. 28, 29 („alle Rechtsbegriffe haben eine doppelte Heimat"). Die Praxis hat es gewiß nötig, sich von Zeit zu Zeit an der Wissenschaft auszurichten, um sich die Ergebnisse einer wissenschaftlichen Systematik zunutze zu machen. So gehen also beide — Praxis und Wissenschaft — zwar getrennte, sich aber dennoch begegnende Wege. Soweit Wolf weiterhin die Herausarbeitung eines Grundwertes verlangt, kann ihm nicht zugestimmt werden. So gewiß es ist, daß der Richter zur Erkenntnis des Einzelrechtsguts einen Maßstab besitzen muß, der ihm zur Orientierung dient, so wenig ist es notwendig einen solchen leitenden Grundwert aus-

Durchführung dieses Grundsatzes nicht unerheblich von ihm abweichen zu müssen. Wenn Schwinge im Anschluß an Nagler (V. D. Bes. Teil 8, 455 ff.) und Heck (33) behauptet, daß die äußerste Grenze der Auslegung der „mögliche Wortlaut" zu bilden habe, so kann dem nicht beigetreten werden. Freilich, diese Auffassung ist verständlich auf Grund der streng positivistischen Einstellung, die Schwinge in der Prinzipienfrage[1]) einnimmt. Insofern scheint uns zwischen der Methoden- und der Prinzipienfrage doch eine Beziehung zu bestehen. Aber gerade diese strenge positivistische Einstellung kann nicht gebilligt werden. Die Gleichsetzung von Gesetz und Recht, die im absoluten Staat zur Herrschaft gelangte, ist allenthalben überwunden. Das Gesetz ist nicht mehr Selbstzweck: es ist allein Mittel zum Zweck, m. a. W. eine Form des Rechts[2]). Uebertragen wir diese Auffassung auf die uns allein und schließlich interessierende Methodenfrage, so ergibt sich, daß nicht maßgebend ist der Wortlaut des Gesetzes, sondern dessen ratio; aber — und das ist das Entscheidende und uns von der Auffassung Schwinges Unterscheidende — nicht nur, wenn der Wortlaut mehrdeutig oder unbestimmt ist, sondern immer! Das folgt aus der Superiorität des Zweckgedankens! Wollte man die Auslegung durch den „möglichen Wortlaut" begrenzen, so wäre letzten Endes doch wieder der Wortlaut für maßgebend erklärt. Der Wortlaut kann aber niemals die letzte Entscheidung abgeben, weil über ihn keine einheitliche Auffassung besteht. So wie das Gesetz nur die Form des Rechts ist, so ist der Wortlaut des Einzeltatbestandes nur die Form seiner ratio.

---

drücklich zu fordern. Wie Wolf richtig bemerkt, ist dieser Grundwert der Staat. Da aber der Schutz der staatlichen Gesellschaft und ihrer Verfassung der immanente Zweckgedanke des Strafrechts ist, — der mithin auch in jeder Gesetzesbestimmung seinen Ausdruck gefunden hat — so läßt sich jeder Richter bei der Auswahl des konkreten Rechtsguts bewußt oder unbewußt von diesem Grundwert leiten.

[1]) Vgl. Meth. 23 ff.

[2]) Eine ausführliche Darstellung ist hier nicht möglich. Vgl. Drost, Das Ermessen des Strafrichters S. 1 ff. — vgl. auch die Ausführungen Belings u. Mezgers in Festg. f. Heck usf., S. 1 ff. u. 19 ff. — Jedenfalls wird damit der Positivismus nicht aufgegeben, denn von einer freien Rechtsfindung ist nirgends die Rede. Vgl. hierzu Beling 16, Stoll 71.

Gerade weil das Strafrecht feste und sichere Grenzen braucht, muß die ratio in allen Fällen entscheiden. Mag eine Begriffsbildung noch so sehr gegen den Sprachgebrauch verstoßen, solange sie von der ratio getragen wird, kann von einer verbotenen Strafausdehnung keine Rede sein. Wenn Schwinge seine Auffassung auch in der Rechtssprechung des R. G. bestätigt zu finden glaubt, so stimmt das nicht. Einmal erwähnt er selbst verschiedene Fälle, in denen die Entscheidung des R. G. durch den Wortlaut nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Aber nicht anders steht es auch in zahlreichen anderen Fällen, die von Schwinge gebilligt werden. Denn man kann doch wirklich nicht behaupten, daß der Sprachgebrauch beispielsweise unter einem Brief i. S. des § 354 auch eine Zahlkarte verstehen könne, wie das R. G. im „Recht" 17, 317 ausführt[1]). Eine Zahlkarte ist ebensowenig ein Brief, wie das Entfernen des Hofhundes bereits eine beginnende Wegnahme. Weil aber beide Fälle noch unter die ratio der betreffenden Tatbestände subsumierbar sind, so können die Zahlkarte als Brief und das Entfernen des Hofhundes als beginnende Wegnahme bewertet werden. Man kann deshalb vielleicht sagen, daß hierbei keine Subsumtion unter den ursprünglichen, wohl aber unter den i. S. der ratio gewandelten Wortsinn stattfindet: die ratio befiehlt dem Wortlaut, kraft der ihr inhärierenden Ueberlegenheit, jene neue Bedeutung anzunehmen. Richtiger, weil präziser, aber ist es stets, wenn man sagt: es werde unter die ratio subsumiert. Denn der Zweckgedanke bleibt immer nur Begriffsmerkmal des betr. Deliktstypus und wird nicht etwa zu einem Tatbestandsmerkmal.

Aus dieser Auffassung, daß in allen Fällen — nicht bloß bei Mehrdeutigkeit des Wortlauts — die ratio zu entscheiden hat. ergeben sich einige Folgerungen für die Begriffsbildung. So ist stets zunächst die ratio des konkreten Tatbestandes festzustellen[2]),

---

[1]) Vgl. auch E. 47 Nr. 69, in der Grammophonplatten als „Schriften" i. S. des § 184 behandelt werden.

[2]) Wenn Reichel (67) formuliert: „Eine Gesetzesbestimmung ist so auszulegen, daß sie sich als möglichst taugliches Mittel zur Erreichung des mit ihr verfolgten gesetzgeberischen Zwecks darstellt", so müßte auch hiernach vom Zweck ausgegangen werden.

und nicht — wie Schwinge und mit ihm die anderen Vertreter teleologischer Begriffsbildung meinen — vom Wortlaut auszugehen. Dieser dient nur als Wegweiser für die Auffindung der ratio. Wir hätten also aus dem „Anfang der Ausführung" auf die ratio des § 43 zu schließen und würden finden, daß diese in der objektiven Gefährdung für ein Rechtsgut besteht. Nach Feststellung des Zweckes eines Tatbestandes ist nun dieser mit dem Wortlaut zu vergleichen. Dieser Vergleich hat lediglich technische Bedeutung. Ergibt sich nämlich, daß die ratio weitergeht als es der Wortsinn des konkreten Tatbestandsmerkmals zuläßt, so fällt all' das ohne weiteres unter den betreffenden Tatbestand, was sich bereits unter diesen Wortlaut subsumieren läßt. Diese Feststellung aber ist nicht ohne Bedeutung. Denn es kann nicht bezweifelt werden, daß die formal-logische Subsumtion des Sachverhaltes unter den Wortsinn des betreffenden Merkmals stets schneller und leichter von statten geht als eine teleologische Subsumtion unter die ratio des Gesetzes [1]).

Wir werden demnach in unserem Fall, nachdem der Zweck des § 43 festgestellt worden ist, stets in allen Fällen zunächst versuchen, ob die uns interessierende Handlung bereits unter den „Anfang der Ausführung" subsumierbar ist [2]). Es kommt also dem Wortlaut, nach unserer Auffassung, eine doppelte Aufgabe zu: einmal ist er ein Indiz für die ratio des betreffenden Deliktstatbestandes; zum anderen bildet er eine technische Erleichterung

[1]) Sehr Gutes sagt darüber neuerdings Jung in Stammlers Enzyclopädie 1931 S. 459: „Diese deduktive (gemeint ist die begrifflich-dogmatische) Rechtsgewinnung, ohne die schwierige Induktion aus den tieferen Grundlagen der obersten Wertungen ist immer das rechtstechnisch erstrebenswerte Ziel." — Wo aber das Prinzip einer gesetzlichen Bestimmung noch nicht restlos erkannt oder nicht richtig gebildet ist, „ist eine freiere Bestimmung, die nur den allgemeineren Zweck der Vorschrift bezeichnet, regelmäßig angemessener als eine feste Formel."

[2]) Damit verträgt sich sehr gut, was Mayer (345) über die Bedeutung des § 43 sagt, daß nämlich der Gesetzgeber mit § 43 dem Richter ein Eingehen auf die schwierige Frage, wann ein Versuch als gefährlich zu gelten hat, in der Regel hat ersparen wollen. (Vgl. Liszt-Schmidt 292 Anm. 10). Aber wohlgemerkt, die Verwendung des Wortlauts des § 43 geschieht hier, im Gegensatz zu Schwinge, lediglich aus technischen Gründen, nachdem die ratio bereits feststeht.

bei der Rechtsanwendung (Subsumtion). Dagegen bildet er nicht die Grenze für die Auslegung. Damit wäre das bisher übliche teleologische Begriffsbildungsverfahren bis zur letzten Konsequenz durchgeführt. Eine Methode, der in Wahrheit wohl auch das R. G.[1]) bereits nahekommt, wenn es Schwinge auch nicht zugestehen will. Obwohl nur diese Auffassung dem Zweckgedanken vollends gerecht wird, haben wir sie nicht an den Anfang dieses 3. Teils gestellt, weil sie lediglich eine Weiterbildung der herrschenden Lehre ist und deren Darstellung voraussetzt.

Kehren wir nach dieser theoretischen Abschweifung zu unserem Problem zurück. Dem R. G. ist gerade dort der Vorwurf des Subjektivismus gemacht worden, wo das Wertungsverfahren[2]) Anwendung fand. Das ist nicht verwunderlich. Vertritt doch das R. G. nach der geistvollen und interessanten Untersuchung Mezgers[3]) bei der Frage des untauglichen Versuchs deshalb einen reinen Subjektivismus, weil es die subjektivistische Wertung, die eine objektive Versuchstheorie im Gefolge hätte, aus rechtsstaatlichen Gründen vermeiden will (17). Auch sonst findet man allenthalben die Meinung vertreten, daß eine Wertung stets subjektiv sein müsse, und daß sie im erheblichen Maße angewendet, die Rechtssicherheit gefährde[4]). Diese Auffassung aber ist falsch! Einmal deshalb, weil der Vorgang des Wertens selbst keineswegs ein alogisches Verfahren, eine Willkür bedeutet. Es ist das Verdienst Heinrich Maiers[5]), darauf hingewiesen zu haben, daß es auch bei diesen emotionalen Vorgängen in der Seele ein Denken gibt. Nur daß diese Logik keine kognitive, sondern Zweck-logik, Teleo-logik ist. Gerade die regulative Be-

[1]) Vgl. zur Versuchsfrage zahlreiche Entscheidungen der 3. Gruppe; besonders lehrreich auch J. W. 29, 2724 zu § 181 a mit Anm. von Alsberg.

[2]) Stoll schlägt die Bezeichnung Wertungsjurisprudenz für Interessenjurisprudenz vor. Eine nachahmenswerte Bezeichnung, die allgemein für das teleologische Begriffsbildungsverfahren Anwendung finden sollte (vgl. Stoll in Festg. f. Heck usf. 67, 68).

[3]) Subjektivismus und Objektivismus . . . in Festg. f. R. G. 5, 13 ff.

[4]) Vgl. neustens Mainzer, Gleichheit vor dem Gesetz 1929 S. 35 ff. — Vgl. auch Jung, der am a. a. O., von der in den Wertungen liegenden Gefahr der Subjektivität spricht.

[5]) Psychologie des emotionalen Denkens. 1908, vgl. besonders S. 1 ff. und 349 ff.

deutung dieser volitiven Logik verleiht dem emotionalen Werten und Wollen einen objektiven Halt: „Sie ist wie für das Erkennen, so auch für das Wollen 'die hohe Polizei'" [1]). Es ist deshalb nicht nur eine „terminologische Angelegenheit" (so Grünhut in Festg. f. Fr. 12), ob man eine besondere „Logik des Emotionalen" anerkennt. Denn nur von dieser Grundlage aus ist der andere Gesichtspunkt, der gegen eine subjektivistische Wertung spricht, verständlich. Während nämlich der Wortlaut eines Gesetzes stets mehrdeutig und unbestimmt ist, zumal dann, wenn es sich um Worte des täglichen Sprachgebrauchs handelt, ist die ratio in den weitaus meisten Fällen sicher und eindeutig zu bestimmen. Denn es entscheidet bei der Auslegung weder der Wille des Gesetzgebers noch der des Gesetzes im herkömmlichen Sinn, sondern — wie Mezger [2]) es ausdrückt — die sog. historische Faktizität. Der Richter ist gebunden an die historisch-kulturellen Anschauungen oder anders ausgedrückt, an die „Wertungsvorstelluugen in der führenden Schicht unseres Volkes" [3]). Daraus folgt, daß der Sinn einer Zielsetzung zwar nicht im mathematischen Sinn zu beweisen ist, wohl aber eingesehen und objektiv begründet werden kann [4]). Diese Begründung aber — und das ist der letzte Gesichtspunkt, der gegen die Annahme einer willkürlichen Eigenwertung spricht — ist in der Revision nachprüfbar. Denn in jedem Fall handelt es sich um Verkennung des Inhalts und Umfangs eines Rechtsbegriffs, ganz gleichgültig, ob es ein deskriptiver oder normativer Begriff [5]) ist, ob er im formal-logischen oder teleologischen Verfahren gewonnen wurde. Sehr treffend schreibt Mezger: „Das ‚freie Ermessen' bleibt kein unangreifbares Palladium des Tatrichters mehr, sondern unterliegt in weitestem Umfang der normativen Würdigung und Nachprüfung in der Revisionsinstanz" [6]).

---

[1]) Beling, Methodik 7.

[2]) Der Begriff der Rechtsquelle in Festg. f. Heck usf. 31; vgl. auch Stoll ebda. 71 ff.

[3]) Vgl. dazu Mezger Festg. f. R. G. 10 — Beling, Vom Positivismus . . in Festg. f. Heck usf. S. 16: „Der Jurist hat unter Ausschaltung eigener Wertung die Interessen so abzuwägen, wie dies der Auffassung der tonangebenden Schicht des Verbandes entspricht".

[4]) So E. v. Hippel, zitiert bei Schwinge 65.

[5]) Darüber vgl. S. 70.

[6]) Festg. f. R. G. 5, 21 — vgl. auch Grünhut, Begriffsbildung 30; Drost 70, 71.

Der einzige Vorwurf also, dem das teleologische Begriffsbildungsverfahren ausgesetzt sein könnte; daß es die Rechtssicherheit gefährde, ist zurückgewiesen worden.

Damit wäre alles Notwendige über die Begriffsbildung gesagt. Nachdem wir den Zweckgedanken des § 43 klargestellt und das Verfahren im einzelnen näher gewürdigt haben, können wir nunmehr dazu übergehen, den einzelnen konkreten Sachverhalt mit der ratio in Beziehung zu bringen, um uns auch die praktische Brauchbarkeit des Wertungsverfahrens noch einmal vor Augen zu führen.

Wir kommen damit zur Rechtsanwendung, der eigentlichen Subsumtion und haben alle die Fälle, die rein formal-logisch nicht mehr unter einen Deliktstatbestand subsumierbar waren, daraufhin zu untersuchen, ob sie nun der ratio des § 43 in Verbindung mit dem Zweckgedanken eines Einzeltatbestandes untergeordnet werden können. Wir haben also zu fragen, ob das Rechtsgut eines konkreten Delikts bereits „gefährdet" ist oder nicht. Bevor wir dies anstellen, soll zuvor noch etwas Methodologisches geklärt werden.

Auch die Methodik der Rechtsanwendung hat ebenso wie die der Begriffsbildung in jüngster Zeit eine Bereicherung erfahren. Nach einer von M. E. Mayer und Graf zu Dohna zwar schon erkannten aber von Mezger und Grünhut recht eigentlich erst begründeten Lehre unterscheidet man deskriptive und normative Tatbestandselemente. Die einen nehmen auf einen gegebenen Sachverhalt Bezug, die anderen fordern vom Richter ein ergänzendes Werturteil [1]), oder m. a. W. können aus ihrer Bezogenheit zu den Strafrechtszwecken heraus analysiert werden [2]). Durch diese normativen Begriffe wird also der spezifische Zweckgedanke auch in die Rechtsanwendung hineingetragen. Während nun die Subsumtion eines Sachverhalts unter den „Anfang der Ausführung" eine rein formal-logische Tätigkeit darstellt, erfordert die Subsumtion unter den Begriff der Gefahr wiederum eine emotional-logische Wertung. Das muß zwar von Mezger bestritten werden, weil er den Gefahrbegriff nicht als normativen charakterisiert (a. a. O. 37), aber gerade dies kann nicht wohl anerkannt werden.

[1]) Mezger, Vom Sinn . . . 41.
[2]) Alsberg J. W. 30, 2513.

Soll festgestellt werden, ob ein Rechtsgut objektiv gefährdet war, so wird zwar zunächst ein auf Grund von Erfahrungssätzen sich bildendes kognitives Urteil ergehen. Weil nun aber der Gefahrbegriff nicht fest begrenzt, vielmehr fließend ist, m. a. W. einen typischen sog. unbestimmten Begriff[1]) darstellt, wird den endgültigen Ausschlag nicht jenes Erfahrungsurteil, sondern die Wertung des Richters abgeben: eine Tätigkeit also, die weder als kognitive Feststellung, noch aber auch als ein Beurteilen[2]) angesprochen werden kann. Daß die Grundlagen jeder Erkenntnis normativer Art sind[3]), und daß demzufolge alle Tatbestandselemente normative sind[4]), kann freilich zur Begründung unserer Auffassung nicht herangezogen werden. Denn wir können nur das verwerten, was trotz alledem den deskriptiven im Gegensatz zu den normativen Elementen und umgekehrt, eigentümlich ist. Und das liegt eben darin, daß bei der Feststellung einer Gefahr die definitive Entscheidung nicht — wie bei den deskriptiven Merkmalen — durch einen Erkenntnis- (Beurteilungs-)akt, sondern durch einen Wertungsakt erfolgt[5]).

Es soll nunmehr, nachdem auch einige theoretisch grundsätzliche Bemerkungen zur Rechtsanwendung gemacht worden sind, dazu übergegangen werden, einige zweifelhafte Fälle der reichsgerichtlichen Judikatur — auf die bereits an anderer Stelle hingewiesen wurde — unter Verwendung der hier gewonnenen Ergebnisse, noch einmal kurz durchzusprechen.

Wenn der Täter den Hofhund entfernt oder die Fensterscheibe beschmiert, um ein der Ausführung des Diebstahls entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, oder wenn er das Kind, um es im An-

[1]) Drost S. 13 ff., insbesondere S. 14.

[2]) So freilich Mezger a. a. O. 34 u. 37, der aber damit ausdrückt, daß es immerhin mehr als kognitive Feststellung bedeutet, wenn er die Beurteilung auch scharf von der normativen Bewertung abgrenzt.

[3]) Mezger a. a. O. 41 und die Nachweise bei Rickert — vgl. auch H. Maier, Das geschichtliche Erkennen S. 9.

[4]) Wolf, Sachbegriff . . . in Festg. f. R. G. 55, 56.

[5]) Auch Mezger spricht davon, daß scheinbar rein „deskriptive Tatbestandselemente" tatsächlich im erheblichen Umfang von „normativen Elementen" durchsetzt seien (40); bezieht diesen Satz aber nur auf die sog. Eindrucks- und Aeußerungsdelikte und läßt auch deren Charakterisierung als deskriptive Merkmale durch diese Feststellung unangetastet.

schluß daran zu töten, mit Morphium betäubt, so sind das Handlungen, die — wie schon des öfteren betont — im formal-logischem Sinn noch keine Wegnahme oder Tötung bedeuten. Aber sie müssen als solche gewertet werden, weil sie bereits eine Gefahr für das geschützte Rechtsgut bilden, denn es besteht für einen objektiven Beschauer die Möglichkeit des Erfolgseintritts, während das Ausbleiben des Erfolgs als unberechenbar und zufällig erscheint[1]).

Interessant ist aber erst die Untersuchung jener drei Fälle, die — wie bereits auf S. 50 f. erwähnt — nicht ohne Zweifel hingenommen werden können. Erst hier kann das im Wege teleologischer Begriffsbildung gefundene Kriterium seine Tauglichkeit beweisen. Was den ersten Fall in E. 55,191 anbelangt[2]), so wird man in der Tat der Kritik Recht geben müssen: eine Bestrafung wegen Versuchs ist hier zu Unrecht erfolgt. Das R. G. hat diesen Fall mit jenem gleichgestellt, in dem der Dieb eine nach außen hin zur Sicherung des Gewahrsams angebrachte Schutzvorrichtung niederzureißen sucht. Aber dieser Vergleich stimmt nicht. Es ist etwas Anderes, ob zuvor ein gegenständliches oder ein menschliches Hindernis überwunden werden muß. Wenn jemand einen Wärter zu überreden versucht (von dem ihm durchaus nicht bekannt ist, daß er etwa leicht in seinem Pflichtgefühl wankend zu machen ist), so hat er ein psychisches Hemmnis, also ein ungleich stärkeres zu überwinden, als wenn er den Hofhund vorher entfernen muß. Nur in diesem nicht in jenem Fall ist das Ausbleiben des Erfolgs unberechenbar. Man kann nicht sagen, daß mit der Einwirkung auf den Wärter bereits die Möglichkeit des Erfolgseintritts bestand, denn das Ausbleiben des Erfolgs würde unter den gegebenen Umständen keinesfalls nur als Zufall erscheinen. Demnach war der Gewahrsam der zu stehlenden Gegenstände noch nicht gefährdet, eine Bestrafung wegen Versuchs also (aus diesem Grunde!) nicht gerechtfertigt.

Sehr zweifelhaft ist auch die zweite Entscheidung in 59,1. Ein definitives Urteil wird man hier nicht fällen können, da die Fallerzählung des R. G. gerade in dieser Entscheidung sehr kurz

[1]) Vgl. Henckel a. a. O. S. 27, 28.
[2]) Vgl. den Sachverhalt auf S. 50.

und lückenhaft ist. Nur bei einer genaueren Angabe der tatsächlichen Gegebenheiten könnte hier festgestellt werden, ob Versuch oder bloße Vorbereitung vorliegt. Nehmen wir beispielsweise an, daß die Angeklagte noch beim Herstellen des Trankes war, daß sie aber mit Wahrscheinlichkeit erwarten konnte, daß dieser von der gutgläubigen Mittelsperson dem Opfer dargereicht wird, so ist bereits in dieser Herstellung ein Versuch zu erblicken, denn man kann unter dieser Voraussetzung unbedenklich sagen, daß das Ausbleiben des Erfolgs nur einem Zufall zuzuschreiben ist. Wenn dagegen die Angeklagte, die mit der Herstellung des Trankes beschäftigt war, noch nicht mit Wahrscheinlichkeit annehmen konnte, daß die Mittelsperson ihn weiterreichen wird, so können wir in diesem Falle sagen, daß das Ausbleiben des Erfolgs durchaus berechenbar und keinesfalls zufällig erscheint. Was endlich den dritten Fall (E. 52,184) anbetrifft, so ist hierüber bereits gesagt worden, daß es die einzige Entscheidung ist, in der das R. G. ganz offenbar das Vorhandensein eines subjektiven Merkmals zur Annahme eines Versuchs genügen läßt. Wenn dann das R. G. weiter ausführt, daß schon in der Bestimmung des Kindes dem Täter an den Ort der Unzucht zu folgen, ein Versuch liegen kann, so ist das gewiß richtig. Aber nicht deshalb, weil es zum Versuch des § 176 Abs. 3 genügt, wenn der Täter sein verbrecherisches Ziel fest im Auge hat, sondern deshalb, weil diese Handlungsweise eine objektive Gefährdung des durch § 176 Abs. 3 geschützten Rechtsguts, d. i. die sittliche und geschlechtliche Reinheit des Kindes[1]), enthalten kann. Man kann durchaus sagen, daß das Hinführen des Kindes an einen Ort, an dem der Täter im unmittelbaren Anschluß daran unzüchtige Handlungen vornehmen will, die nahe Möglichkeit dieses Erfolgs begründet, und daß dessen Ausbleiben lediglich dem Zufall zuzuschreiben ist.

Soll nun zum Schluß das Ergebnis der Untersuchungen noch einmal kurz zusammengefaßt werden, so läßt sich folgendes sagen: Sowohl in dem überwiegenden Teile der Literatur, als

[1]) Vgl. Bohne in J. W. 29, 1018 zu 23.

auch in der Rechtsprechung des R. G. finden sich Formulierungen, die der unseren außerordentlich nahekommen.

Was zunächst die Literatur angeht, so wird das Richtige sowohl von dem größten Teil der Kausalitäts- als auch den Gefährlichkeitstheorien, ja auch von den sog. extensiven Tatbestandstheorien gemeint. Sie alle haben Formulierungen gefunden, die sich dem Sinne nach mit der hier entwickelten mehr oder weniger decken. Aber einmal ist der Weg, auf dem alle diese Theorien zu ihren Entscheidungen kommen, nicht gangbar. Daß aber bei der Suche des richtigen Kriteriums gerade die Wahl der Methode im Vordergrund steht, ist hinlängtich nachgewiesen worden [1]). Zum anderen sind auch die Formulierungen nun nicht in allen Fällen so beschaffen, daß sie eine sichere und billige Entscheidung gewährleisten, oder aber sie sind nicht unmittelbar anwendbar, sondern müssen genauer analysiert werden. Der reichsgerichtlichen Judikatur im besonderen ist allenthalben der Vorwurf eines Subjektivismus gemacht worden. Das stimmt nicht. Die Entscheidung 52,184 ist der einzige Fall, in dem das R. G. einen subjektiven Gesichtspunkt heranzieht. Das aber ist offenbar eine Entgleisung, aus der niemals so weitgehende Schlüsse gezogen werden können [2]). Wenn das R. G. in all' den anderen als subjektiv bezeichneten Fällen zur schließlichen Entscheidung zwar kein formales, sondern ein materielles Kriterium verwendet, wenn es m. a. W. in diesen Fällen zwar nicht formallogisch subsumiert, sondern teleologisch wertet, so bleibt das Kriterium dennoch ein objektives; denn Wertung bedeutet — wie wir glauben nachgewiesen zu haben — niemals einen Subjektivismus, sondern — wie man vielleicht sagen kann — die gegen-

[1]) Denn nur die exakt durchgeführte teleologische Methode gestattet es, die ratio des § 43, d. i. die Gefährlichkeit als Kriterium zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlung aufzustellen. Die Abhängigkeit des Stoffs von der Methode kann wohl kaum deutlicher bewiesen werden. Daraus erhellt zugleich die eminente Bedeutung, die einer strafrechtlichen Methodenlehre zukommt.

[2]) Zudem ist es auch noch fraglich, ob das R. G. wirklich auf der Grundlage des dort genannten subjektiven Kriteriums einen Versuch des § 176 Abs. 3 bejahen würde. Denn in jener Entscheidung hatte das R. G. wegen Fehlens einer anderen Voraussetzung keine Gelegenheit dazu.

ständliche, materielle Seite des Objektivismus. Das gilt auch in dem Fall, der schlechthin und der nur unter gewissen Umständen abgelehnten Entscheidung (vgl. E. 55, 191 und E. 59, 1). Denn auch in diesen Urteilen geht das R. G. von objektiven Kriterien aus, und nur weil der methodische Weg der teleologischen Begriffsbildung nicht klar genug erkannt, und der Gefahrbegriff nicht eingehend analysiert ist, kommt es zu nicht zutreffenden Entscheidungen. Es wertet also auch hier, aber es wertet falsch! Wenn aber ein richtiger Grundgedanke im Einzelfall unrichtig angewendet worden ist, so gestattet das nicht den Vorwurf der Abkehr von dem bisher innegehabten Standpunkt.

Das R. G. steht also nach wie vor auf dem Boden der objektiven Theorie. Das zeigen alle die aufgeführten Entscheidungen. Sie beweisen aber noch mehr! Sie legen Zeugnis ab von dem Streben des R. G., das sich in jedem Einzelfall aufs neue offenbart: eine billige und mit dem Rechtsgefühl konforme Entscheidung zu fällen. Und daß diese zumeist auch die dem Gesetz entsprechende ist, hat hier wieder einmal eine glänzende Bestätigung gefunden.

Dafür ist unserem höchsten Gericht der Dank und die Gefolgschaft all' derer gewiß, die — wie Mezger richtig sagt — in der möglichst restlosen Vereinigung von Positivität und Gerechtigkeit die eigentlich wesentliche Aufgabe des Juristen erblicken!

Anhang.

Die Stellung des Reichsgerichts zur Frage des absolut untauglichen Versuchs und ihre Behandlung auf der Grundlage des teleologischen Verfahrens.

Es ist bereits in der Einleitung auf die merkwürdige Diskrepanz, die in der Rechtsprechung des R. G. zwischen der Behandlung des absolut untauglichen Versuchs und der Abgrenzung von Vorbereitungs- und Versuchshandlung besteht, hingewiesen worden.

Während das R. G. hier eine objektive Theorie vertritt, und

das Wesen der Versuchsstrafe in der objektiven Gefährdung eines Rechtsguts erblickt so verschreibt es sich dort einer subjektiven Theorie, indem es zur Begründung das Vorhandensein eines verbrecherischen Willens betont und einen objektiven Gefahrbegriff ausdrücklich zurückweist. Wie ist diese Verschiedenheit in der Behandlung zweier — so sollte man meinen — wesensgleicher Probleme zu erklären? Von ihrem Ausgangspunkt aus gelangt jede Theorie zum richtigen Ergebnis, die eine zum objektiven, die andere zum subjektiven Kriterium. Wir müssen also — wollen wir eine Erklärung für jene Verschiedenheit finden — die Grundlage einer jeden der beiden Theorien etwas genauer ins Auge fassen. Wieso wird im einen Fall die Gefährlichkeit, im anderen der verbrecherische Wille betont? Das Gesetz kann doch unmöglich zwei sich widersprechende Zwecke enthalten! Aber schon aus E. 1, 439 geht hervor, daß das R. G. den verbrecherischen Willen gar nicht als ratio des § 43 auffaßt. Denn wenn es dort sagt, daß „im Versuche der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet", so wird damit in Wahrheit lediglich ein kriminalpolitischer Gesichtspunkt bezeichnet, der für jede — nicht nur die Versuchs — Strafe gilt. Das kommt deutlich in E. 34, 217 zum Ausdruck, in der zur Rechtfertigung der Bestrafung auf „das Interesse der öffentlichen Ordnung" hingewiesen wird. — Aber das R. G. begnügt sich nicht damit den verbrecherischen Willen anzuführen; es leugnet ausdrücklich den Begiff einer objektiven Gefahr, was letzthin auf der Annahme einer kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen, d. h. der Leugnung objektiver Verschiedenheiten unter ihnen beruht.

Wie schon in anderem Zusammenhang erwähnt worden ist, hat Mezger als den wahren Grund der subjektiven Versuchstheorie (wie auch der hier nicht interessierenden subjektiven Teilnahmetheorie) das Streben des R. G. nach einer Objektivierung der Richtertätigkeit bezeichnet. In dem Logizismus der subjektiven Theorie erblicke das R. G. im Gegensatz zu einer durch die objektive Theorie veranlaßten subjektiven Bewertung des objektiven Sachverhalts eine Garantie für die Rechtssicherheit. Daß dieser Auffassung des R. G. nicht beigetreten werden kann, hat Mezger überzeugend nachgewiesen[1]). Und wenn er weiter ausführt, daß

1) Subjektivismus und Objektivismus . . ., bes. S. 18 und 20.

das R. G. zu jenem Standpunkt nur kommt, weil es die objektiven Wertungen in den gesetzlichen Tatbeständen übersieht, so möchten wir erst diese Tatsache als den letzten Grund der subjektiven Versuchstheorie bezeichnen. Denn wenn das R. G. beim Abgrenzungsproblem die ratio des § 43 richtig erkennt, nicht dagegen beim Problem des untauglichen Versuchs; wenn es hier auf der Annahme einer kausalen Gleichwertigkeit der Bedingungen beharrt, während es dort die normative Verschiedenheit anerkennt, so hat das seinen Grund darin, daß das R. G. beim untauglichen Versuch sich plötzlich über die Existenz eines § 43 hinwegsezt[1]). Der Wortlaut und die Ausdrucksweise des § 43 können zur Entscheidung dieser Frage nicht herangezogen werden. Dazu müsse vielmehr auf die „zugrundeliegenden Prinzipien" des Versuchs zurückgegangen werden. So wird bereits in E. 1, 441 ausgeführt. Wenn aber das R. G. dann den Willen als Wesen des Versuchs bezeichnet und die objektive Gefahr leugnet, so zeigt das gerade, daß es das „zugrundeliegende Prinzip" des § 43 nicht berücksichtigt. Die Frage des untauglichen Versuchs hat man — wie es so schön heißt[2]) — der Wissenschaft überlassen wollen[3]). Zum Beweise werden die Motive angeführt, die das ausdrücklich bestätigen. Seit wann aber die Motive über dem Gesetz stehen, wird nirgends dargelegt. Denn — so meinen wir — wenn das Gesetz im § 43 Vorbereitung und Versuch trennt, so umschreibt es damit gleichzeitig den Versuchsbegriff. Kennt man aber dessen Merkmale, so kann man ihn nunmehr, ebenso wie von der Vorbereitung, auch vom Nichtdelikt abgrenzen.

Man kann in der Tat sagen, daß hier ein Satz in den Motiven mehr Unheil angerichtet hat, als zehn schlechte Gesetze! Nur in einem durch Nichtbeachtung des Gesetzes geschaffenen luftleeren Raum konnten solche Gewächse wie „verbrecherischer Wille" und „Leugnung eines objektiven Gefahrbegriffs" überhaupt zur Entstehung

---

[1]) Vgl. M. E. Mayer 356.

[2]) Selbst bei Objektivisten wie Frank, 90 u. v. Hippel 420.

[3]) Vgl. auch Stienen Z. 46, 49: „Mangel im Aufbau des Strafgesetzes" und Zimmerl: Aufbau des Strafrechtssystems S. 4, 128 ff.: „legislativ mißlungen" — „ein auf Systemwidrigkeiten des Gesetzgebers zurückgehendes Scheinproblem".

gelangen. Und nur aus diesem Grunde ist es verständlich, daß die Stellungnahme des R. G. — ungeachtet der vorzüglichen Rechtsprechung in der Abrenzungsfrage — hier unverändert geblieben ist.

Das also ist der große Irrtum, daß man glaubt, der § 43 könne in dieser Frage nicht zur Anwendung kommen, und damit auch der Grundsatz der objektiven Gefährlichkeit und der Gedanke der normativen Verschiedenheit der Bedingungen keine Anerkennung finden. Da der § 43 aber das Wesen des Versuchs angibt, so kann und muß er auch zur Scheidung des Versuchs vom Nichtdelikt herangezogen werden.

Soll also im Einzelfall festgestellt werden, ob das eine oder andere vorliegt, so geschieht dies auf demselben methodischen Wege, auf dem auch bereits die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch vorgenommen worden ist. Die ratio des § 43 besteht in der objektiven Gefährlichkeit für ein Rechtsgut. Dieser Begriff geht über das Tatbestandsmerkmal „Anfang der Ausführung" hinaus. Eine Subsumtion unter dies formale Kriterium kann aber in den Fällen des untauglichen Versuchs niemals stattfinden [1]). Wir müssen also hier stets von vornherein untersuchen, ob die uns interessierende Handlung eine Gefahr bedeutet oder nicht. Aus diesem Grunde haben wir es in diesen Fällen niemals mit einer formal-logischen Subsumtion, sondern stets mit einer emotionalen Wertung zu tun.

Der hier vertretene Standpunkt deckt sich im Ergebnis mit den sog. objektiven Gefährlichkeitstheorien v. Hippels (427 ff.) und Sauers (466), unterscheidet sich von ihnen aber dadurch, daß das Moment der adäquaten Kausalität hier nicht zur Anwendung kommt, während die von uns gegebene Begründung, die in der Eigenart der teleologischen Methode liegt, dort keinen Ausdruck gefunden hat.

Dagen sind die Auffassungen jener Vertreter der objektiven Theorie nicht zu billigen, die a priori die Fälle des sog. „Mangels am Tatbestand" ausscheiden [2]). Diese Lehre ist mit einer teleo-

[1]) Wer seine eigene Sache wegnimmt, beginnt nicht eine „fremde Sache" wegzunehmen.

[2]) Vgl. als bes. charakteristisch: Mayer 356 ff. und Liszt-Schmidt 300 ff.

gischen Methodik schlechterdings unvereinbar. Denn wenn sie sagt, daß gewisse Fälle schon „begrifflich" nicht als Versuch angesprochen werden könnten und demnach bei ihnen gar nicht erst zu prüfen sei, ob sie eine Gefahr für ein konkretes Rechtsgut bedeuten, so wird dabei allein auf den Wortlaut des § 43, d. h. auf den Begriff „Anfang der Ausführung" abgestellt. Daß damit aber die Auslegung noch nicht abgeschlossen ist, ist gerade der Sinn des Wertungsverfahrens [1]). Fälle als dem Versuch begrifflich inadäquat nur deshalb auszuscheiden, weil sie nicht unter den Wortlaut des § 43 subsumierbar sind, ist wahrlich das krasseste Beispiel einer formal-logischen Begriffsbildung! Daß die Vertreter nicht schon vor der Inkongruenz ihrer Entscheidungen zurückgeschreckt sind, ist erstaunlich; denn Mangel am Tatbestand sollen nur sein: die Fälle eines Versuchs am absolut untauglichen Objekt und jene Fälle eines untauglichen Mittels, bei denen dies im Tatbestand genannt ist [2]). Das ist eine Vergötterung des Buchstabens wie sie nicht energisch genug zurückgewiesen werden kann. Da ist die Konsequenz Belings (L. v. B. 330), zu loben, der in allen Fällen einen Mangel am Tatbestand annimmt [3]).

Die bereits eine so zahlreiche Anhängerschaft aufweisende Lehre vom Mangel am Tatbestand also ist zurückzuweisen. Sie ist mit einer Wertungsjurisprudenz nicht wohl zu vereinen [4]).

[1]) Wer seine eigene Sache wegnimmt, begeht gewiß keinen „Anfang der Ausführung" der Wegnahme einer fremden Sache; aber er kann dennoch versuchen eine fremde Sache wegzunehmen, wenn diese Handlungsweise eine objektive Gefahr bedeutet. — Die Lehre vom M. a. T. identifiziert also das formale Abgrenzungskriterium mit dem Versuch schlechthin. Daß sie ganz inkonsequent in gewissen Fällen plötzlich von einer Gefahr spricht, dazu siehe die weiteren Ausführungen im Text.

[2]) Es bleibt also derjenige straflos, der Zuckerwasser als Vergiftungsmittel verwendet, während derjenige bestraft wird, der es zur Abtreibung benutzt! Das entspricht weder dem Willen des Gesetzgebers, noch ist es dadurch zum Ausdruck gekommen, daß im einen Fall das Mittel im Tatbestand (d. h. im Wortlaut!) genannt, im anderen nicht genannt ist. — Zu welchen subtilen Unterscheidungen und Begriffsbildungen die Lehre vom M. a. T. führt, dazu vergl. Hegler in Jahresk. f. jur. Fortb. 29, 176.

[3]) Vgl. auch Rittler Mon. Schr. Kr. Ps. 28,525. — Eine zwar nur vom Standpunkt einer formalen Betrachtungsweise des Rechts verständliche Lehre, die aber — unter diesem Aspekt gesehen — gewiß die formvollendetste darstellt! Deshalb zu weitgehend die Kritik v. Hippels 435 Anm. 1.

[4]) Wenn v. Hippel (396, 432) als Grund anführt, daß es zur Annahme

Aber gerade diese Methode führt sowohl bei der Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung als auch bei der Scheidung vom Nichtdelikt zu billigen und dem Wesen des § 43 entsprechenden Entscheidungen.

Möge sich unser höchster Gerichtshof auch in dieser Frage des untauglichen Versuchs endlich jener Ideen bewußt werden, die in der Abgrenzungsfrage so außerordentlich befruchtend gewirkt haben und damit jene Worte Goethes bestätigen, daß:

„Wahr ist, was sich als fruchtbar erweist!"

---

eines Versuchs gleichgültig sei, ob der Erfolg oder ein Deliktsmerkmal fehle, so ist dies letzten Endes nur von dieser Auffassung aus verständlich. Ein Gesichtspunkt, der freilich bei v. Hippel nirgends zum Ausdruck kommt.

Lebenslauf.

Am 8. VIII. 1906 wurde ich als Sohn des Studienrats Franz Müller und seiner Ehefrau Helene, geb. Pohle, in Ellrich i. Harz geboren. Ich bin evangelischer Konfession.

Von 1912 bis 1916 besuchte ich die Volksschule und daran anschließend das Realgymnasium und die Oberrealschule in Marburg, die ich Ostern 1926 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte dann Rechtswissenschaft, u. z. zwei Semester in Marburg, darauf zwei in München, um dann im fünften Semester wieder nach Marburg zurückzukehren und im Dezember 1930 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel zu bestehen.

Meinem hochverehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Mezger, sage ich auch an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank für die in seinen Uebungen und Seminarien empfangenen wertvollen Anregungen und für die mir gewordene Förderung und Vertiefung des juristischen Verständnisses.